# Die verbandsrechtliche Struktur und Dynamik des Gesellschaftsbegriffs im Bürgerlichen Gesetzbuch

Abhandlung
zur
Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität
zu Bonn

vorgelegt von

Gerhard Veltmann

BONN 1936

LUDWIG RÖHRSCHEID / VERLAG

Angenommen auf Bericht
der Professoren Dr. Rauch und Dr. Dölle

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

# Inhaltsübersicht.

Die verbandsrechtliche Struktur und Dynamik des Gesellschaftsbegriffs des BGB.


Seite

Einführung: Die Aufgabe und ihre Begrenzung . . . . . 1—7

I. Teil.

Der Gesellschaftsbegriff des BGB.

A) Der natürliche Gesellschaftsbegriff.

I. Der abstrakte oder metaphysische Gesellschaftsbegriff . . . 8—17

II. Der konkrete oder physische Gesellschaftsbegriff . . . . . 18—23

B) Der Gesellschaftsbegriff des BGB.

I. Der Gesellschaftsvertrag . . . . . 23—33

II. Der Gesellschaftszweck . . . . . 33—36

III. Die gesellschaftliche Tätigkeit . . . . . 36—39

II. Teil.

Der Gesellschaftsverband des BGB.

A) Die verbandsrechtliche Struktur der Gesellschaft des BGB.

I. Der Begriff des Verbandsrechtlichen . . . . . 40—45

II. Die Rechtseinheit des Gesellschaftsverbandes . . . . . 46—56

III. Die Rechtsnatur des Gesellschaftsverbandes . . . . . 56—62

IV. Das Strukturprinzip des Gesellschaftsverbandes . . . . . 62—66

B) Die verbandsrechtliche Dynamik der Gesellschaft des BGB.

I. Das Verbandsprinzip als Assoziationsprinzip . . 66— 90

1. Mitgliedschaft und Mitgliedschaftsrecht . . . . . 66— 69

2. Die gemeinschaftsrechtliche Mitgliedschaft . . . . 69— 80

3. Die vermögensrechtliche Mitgliedschaft . . . . . 80— 90

II. Das Verbandsprinzip als Organisationsprinzip . 91—104

1. Der satzungsähnliche Gesellschaftsvertrag . . . . 91— 92

2. Die gesellschaftliche Beschlußfassung . . . . . 92— 96

3. Die gesellschaftliche Geschäftsführung . . . . . 96—104

III. Das Verbandsprinzip als Gesamthandsprinzip . 105—128

1. Das Gesellschaftsvermögen . . . . . 105—116

2. Die Gesellschaftsschulden . . . . . 116—128

IV. Das Verbandsprinzip als Immanenzprinzip . . . 129—163

1. Das Bestandsrecht der Gesellschaft . . . . . 129—130

2. Das Gemeinschafts-Bestandsrecht . . . . . 130—142

3. Das Vermögens-Bestandsrecht . . . . . 142—163

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546416_0110

# Literatur.


Adler: Zur Entwicklungslehre u. Dogmatik des Gesellschaftsrechts, Berlin 1895.
Affolter: Zur Lehre von der Gesellschaft. Arch. f. Bürgerl. Recht, Bd. 35, Berlin 1910.
Bernatzik: Arch. f. öffentl. Recht V, 1890.
Binder: Erbrecht. Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften, Berlin 1930.
— Rechtsstellung des Erben III, Leipzig 1905.
Bloch: Ueber Organschaft und die rechtliche Stellung der sogenannten Verbandsorgane, Diss. Leipzig 1904.
Brinz: Lehrbuch der Pandekten, 1873.
Cathrein: Moralphilosophie I und II, Freiburg 1911.
— Philiosophia Moralis, 13. Aufl., Freiburg 1925.
Czyhlarz: Lehrbuch der Institutionen des Römischen Rechts, Wien 1902.
Dersch: Das Prinzip der gesamten Hand, Diss. Gießen 1905.
Engländer: Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft I, Berlin 1914.
Enneccerus-Wolff: Sachenrecht, Marburg 1932.
Fiedler: Die Geschäftsführungsmacht der OHG, Diss. Leipzig 1909.
Geiler: In Düringer-Hachenburg. Das Handelsgesetzbuch, Bd. II, 1, 1932.
Gierke; Deutsches Privatrecht I und III. Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaften.
— Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887.
— Vereine ohne Rechtsfähigkeit, 2. Aufl., 1902.
— Das Wesen der menschlichen Verbände, Rektoratsrede 1902.
Gundlach: Art. „Solidarismus", Staatslexikon Freiburg.
Gutberlet: Ethik und Naturrecht, Münster 1893.
Haff: Institutionen der Persönlichkeitslehre und des Körperschaftsrechtes, Zürich 1918.
Heck: Gesellschaftsbeschlüsse und Willensmängel bei der Gesellschaft des BGB. Festschrift für v. Gierke, 1911.
Hedemann: Schuldrecht, Berlin, Leipzig 1931.
Heiderich: Das Wesen des Gesellschafteranteils an den einzelnen Gegenständen des Gesellschaftsvermögens, Diss. Breslau 1911.
Heinsheimer, R.: Ueber die Teilhaberschaft, Diss. Heidelberg 1930.
Heusler: Institutionen des Deutschen Privatrechts, Band I und II, 1885/86.
Höniger: Innengesellschaft und Innensyndikat, ZHR 84.
Hölder: Natürliche und juristische Personen, Leipzig 1905.
v. Ihering: Der Zweck im Recht, 3. Aufl., 1893.
Jörs: Römisches Recht, Berlin 1927.
Kattausch: Die Anteile der Miteigentümer und der Gesamtheit an den gemeinschaftlichen Sachen, Diss. Gießen 1911.
Kaufmann: Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen. Fischers Abhandlungen zum Privatrecht, Bd. 22, 1912.
Kinsberg: Die gesamte Hand im Gesellschaftsrecht, Diss. Leipzig 1912.
Knoke: Das Recht der Gesellschaft nach dem BGB, Jena 1901.
— Der Eintritt eines neuen Gesellschafters in die Gesellschaft nach dem BGB. Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 20, Berlin 1902.
Lehmann: Allgemeiner Teil des BGB, Berlin, Leipzig 1928.

Mendel: Die Haftung der Gesellschafter, Diss. Leipzig 1915.
Meurer: Die juristischen Personen nach Deutschem Reichsrecht, Stuttgart 1901.
Meyer, Th.: Institutiones Juris naturalis, Bd. I, Freiburg 1906.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1888.
Müller, Alb.: Das Wesen der Gesellschaft und Gemeinschaft, Diss. Leipzig 1914.
Müller, O.: Die Haftung der Gesellschafter nach dem BGB, Diss. Leipzig 1903.
Nehm: Die kündbaren Rechtsverhältnisse im Schuldrecht. Abhandlung zum bürgerl. Handels- und Arbeitsrecht 12, Mannheim-Berlin 1933.
Pesch, H.: Lehrbuch der Nationalökonomie, Bd. I, Freiburg 1905.
Planck: BGB, 3. Auflage.
Preuss: Stellvertretung und Organschaft. Iherings Jahrb. 1902.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. 1898.
Rathsburg: Die Geschäftsführung der OHG, Diss. Leipzig 1909.
Rau: Das Ausscheiden des Gesellschafters aus der Gesellschaft, Diss. Leipz. 1909.
Rümelin: Zweckvermögen und Genossenschaft, Festschrift Freiburg 1892.
Schafheutle: Gesellschaftsbegriff und Erwerb ins Gesellschaftsvermögen. Abhandl. 6 zum bürgerl. Arbeitsrecht, Berlin 1931.
Schiffini: Disputationes philosophiae moralis I, 1891.
Schmid, Fr.: Die Stellung der Gesellschaftsgläubiger, Diss. Heidelberg 1930.
Schmidt, R.: Allgemeine Staatslehre I, 1901.
Schroth: Der Aufbau der Gesellschaft des BGB als Schuldverhältnis und als Gemeinschaftsverhältnis, Diss. Leipzig 1931.
Schwer: Art. „Gesellschaft", Staatslexikon, Freiburg, Bd. I, 1927.
Siber: Schuldrecht, Leipzig 1931.
Silberschmidt: Beteiligung und Teilhaberschaft, Halle 1915.
Sohm: Der Gegenstand, Leipzig 1905.
Titze: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1932.
Tönnies: Gemeinschaft und Gesellschaft, Berlin 1922.
v. Thur: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechtes, Leipzig 1910.
Weiland: Struktur und Rechtssphäre der Gesellschaftsschulden im BGB, Diss. Würzburg 1902.
Wieland: Lehrbuch des Handelsrechts I, München-Leipzig 1921.
Windscheid-Kipp: Pandektenrecht 1906.
Wundt: System der Philosophie, 2. Aufl., Leipzig.
— Logik, 3 Bände, Stuttgart 1906—1908.
Zwiedineck-Südenhorst: Sozialpolitik 1911.

## Einführung.

### *Die Aufgabe und ihre Begrenzung.*

1. Die Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist: die verbandsrechtliche Struktur und Dynamik des Gesellschaftsbegriffes im BGB zu untersuchen. Es beschränkt sich damit die Arbeit sachlich und grundsätzlich auf die Gesellschaftsform, wie sie in ihrer vollen Entfaltung im 14. Titel des II. Buches des BGB gesetzlich geregelt ist. Mit dieser Abgrenzung wird einerseits der analoge Wert der übrigen Gesellschaftsformen im Deutschen Recht, spez. im Handelsrecht, anderseits die subsidiäre Bedeutung der Gesellschaft des BGB für die übrigen Gesellschaftsformen nicht verkannt. Mögen die rechtlichen Bestimmungen der Gesellschaft des BGB für die übrigen Gesellschaftsformen vielfach grundsätzlich subsidiäre Bedeutung haben, die typische Voll-Gesellschaft des BGB ist ein eigenes selbständiges Rechtsgebilde, das koordiniert neben allen übrigen steht; sie hat ihren eigenen Wesensbegriff, der sie von allen anderen gesetzlichen Gesellschaftsformen unterscheidet.

2. Es handelt sich zweitens um die Gesellschaft des BGB als Verband, d. h. um ihre verbandsrechtliche Struktur im Gegensatz zu dem ihr zu Grunde liegenden individualrechtlichen Schuldverhältnis des Gesellschaftsvertrages. Damit ist eine innere Abgrenzung der Aufgabe gegeben: Die Abgrenzung des Gesellschaftsverbandes vom Gesellschaftsvertrage.

Für das Gesellschaftsvertragsverhältnis ist das entscheidende Moment die rechtliche Isoliertheit der Parteien, die nur individualrechtliche Gebundenheit durch den gegenseitig verpflichtenden Vertrag. Für das Gesellschaftsverbandsverhältnis ist das Entscheidende die durch zweckbestimmte Vereinigung geschaffene Verbundenheit. Nicht als ob mit dem Vertragsabschluß die mit dem Vertrag übernommenen Verpflichtungen ihren individualrechtlich schuldrechtlichen Charakter verlören; — das Vertragsverhältnis bleibt — aber durch den im Vertragsabschluß dokumentierten Willen zur Vereinigung entsteht ein neues eigenartiges Rechtsverhältnis, eine bleibende anders geartete Verbundenheit, ein Verband.

Das Wesensprinzip dieses entstandenen Neuen ist nicht das Vertragsprinzip, sondern das Verbandsprinzip, unter welchem die einzelnen Gesellschafter nicht mehr rechtlich isoliert, individuell unabhängig in der Gesellschaft stehen, sondern rechtlich gebunden und verbunden wie Teile zu Teilen und wie Teile zum Ganzen in gegenseitiger realer funktioneller Abhängigkeit.

3. Es handelt sich drittens um die verbandsrechtliche Struktur im Gesellschaftsbegriff des BGB, um die begriffswesentlichen verbandsrechtlichen Elemente.

Die Frage geht nach der Begriffswesentlichkeit der verbandsrechtlichen Struktur, d. h. nach den verbandsrechtlichen Wesenskomponenten der Gesellschaft des BGB, m. a. W.: Ist die verbandsrechtliche Struktur der Gesellschaft des BGB so innerlich notwendig, daß diese ohne das Verbandsprinzip nicht gedacht werden kann?

Die begriffswesentlichen Elemente sind scharf zu scheiden von den bloß naturalen Elementen, d. h. denjenigen Eigenschaften der Gesellschaft in ihrer Vollwirklichkeit, welche mit einer gewissen natürlichen Konsequenz aus ihrem Wesen sich ergeben, abdingbarer Art, welche also fehlen können, ohne daß die Gesellschaft in ihrem spezifischen Wesen aufgehoben wird. Unter den begriffswesentlichen Elementen sind wieder zu unterscheiden die essentiell konstitutiven Elemente und die essentiell integrierenden Elemente. Letztere sind diejenigen notwendigen Wesensfolgerungen und Bestandteile, ohne welche die konkrete Vollwirklichkeit eines Dinges praktisch nicht existieren kann.

Zu den begriffswesentlichen Verbandselementen der Gesellschaft des BGB in ihrer gesetzlichen Vollerscheinung würden alle verbandsrechtlichen Elemente gehören, die der Gesellschaft des BGB so notwendig sind, daß ohne sie die Gesellschaft des BGB nicht gedacht werden kann. Also:

1. essentiell konstitutive Verbandselemente, wie z. B. eine Mitgliedschaft, eine Abhängigkeit voneinander und vom Ganzen, eine Gesamtleistung, ein gesellschaftliches Handeln in der Richtung auf einen Gesellschaftszweck u. a.
2. essentiell integrierende Verbandselemente, wesentliche Folgerungen und Bestimmungen unabdingbarer verbandsrechtlicher Art: Kontrollrecht, Widerspruchsrecht, Geschäftsführungsrecht, gewisse Mitgliedschafts- und Bestandsrechte usw.

Zu den naturalen verbandsrechtlichen Elementen der Gesellschaft des BGB gehören diejenigen Verbandselemente, die in natürlicher Konsequenz aus ihrer Wesensnatur folgen, nicht zwingender Art, sondern dispositiver Natur, die also vertraglich abgeändert und ersetzt werden können, ohne daß an dem typischen gesetzlichen Gesellschaftsbegriff des BGB selbst etwas geändert wird, z. B. bezüglich der Geschäftsführung die Gemeinsamkeit; bezügl. des Vermögensrechts die Gesamthandswirkung; bezügl. des Bestandes die Fortsetzungsklausel, Anwachsung und Abwachsung usw.

4. Es handelt sich viertens in der Arbeit um die verbandsrechtliche Struktur und Dynamik im Gesellschaftsbegriff des BGB, d. h. um die Frage nach der Einheit der verbandsrechtlichen Struktur. Die Frage nach dieser Einheit ist die Frage nach der Natur des inneren Verbundenheitsprinzips, des der Gesellschaft des BGB zu Grunde liegenden Verbandsprinzips. Steht die verbandsrechtliche Struktur der Gesellschaft des BGB unter einem einheitlichen inneren Prinzip? Die Gesellschaft des BGB wird in ihrer verbandsrechtlichen Struktur getragen von einer doppelten Polarität. Das Band, das die Gesellschaft innerlich zusammenhält und zusammenschließt, erhält eine von zwei Spannungszentren ausgehende Spannung: eine äußere und eine innere.

Die äußere Bindung und Spannung ist gegeben durch die Richtung und Bindung an den Gesellschaftszweck. Es ist das Gebundensein an den gemeinsamen Zweck. Schon aus dieser Zweckgebundenheit ergeben sich gewisse rechtliche Wirkungen: Wahrung des Gesellschaftsinteresses, Pflicht zur Geschäftsführung, zum gesellschaftlichen Handeln usw.

Das innere Spannungsprinzip ist die innere Verbundenheit. Die innere Verbundenheit einer Gemeinschaft kann eine zweifache sein, entweder ist sie eine rein formale, durch das Gesetz gegebene Verbundenheit, wie z. B. bei der Erbgemeinschaft oder wie bei der Stillen Gesellschaft, wo das sozialrechtliche Moment rein gesetzlich die Einzelnen oder auch nur den Inhalt der allein bestehenden obligatorischen Beziehungen beeinflußt, oder sie ist zugleich eine organische und dynamische Verbundenheit, die sich kraft eines einheitlichen der Gesellschaft immanenten Prinzips in den verschiedenen Beziehungen des Gesellschaftsverhältnisses einheitlich auswirkt.

Das Verbundenheitsprinzip der Gesellschaft des BGB ist ein dynamisches organisches Prinzip.

Es ist der Wille aller zur zweckbestimmten Verbundenheit den Einzelnen wie der Gesellschaft gegenüber. Unter diesem Verbundenheitsprinzip als dem der Gesellschaft immanenten Lebensprinzip stellt sich die Gesellschaft des BGB als Lebenseinheit dar: Es bestehen rechtliche Wechselwirkungen zwischen den Einzelnen untereinander und zur Gesamtheit. Verrichtungen sind in bestimmter Weise an im Dienste und zum Wohle des Ganzen bestehende Organe verteilt. Es besteht die Möglichkeit eines inneren Erneuerungsprozesses durch Ausscheiden alter und durch Aufnahme neuer Elemente bei gleichbleibender Form des Ganzen, eine Stärkung und ein Wachstum des Ganzen ohne Veränderung der Elemente, die Fähigkeit Störungen von innen heraus auszugleichen. So gestaltet das Verbandsprinzip in analogem Sinn als lebendiges Prinzip, d. h. als Assoziationsprinzip, als Organisationsprinzip und als Immanenzprinzip das Rechtsverhältnis der Gesellschaft in gewissem Sinn zu einer organischen Einheit und zwar so innerlich notwendig, daß das Gesellschaftsverhältnis sich wesentlich trennt vom individualrechtlichen Vertragsverhältnis, und daß ein letzteres das Wesen und die rechtliche Struktur der Gesellschaft nicht erschöpft.

5. Es ist die Aufgabe der vorliegenden Arbeit, die einheitliche Struktur der Gesellschaft des BGB unter der Dynamik des sowohl vom individualrechtlichen Vertragsprinzip wie vom äußeren Gesellschaftszweckprinzip wesentlich verschiedenen inneren Verbandsprinzip nachzuweisen.

Die innere Berechtigung dieser Aufgabe liegt im Wesen und Zweck der juristischen Wissenschaft. Die juristische Wissenschaft hat nicht nur die Aufgabe, die gesetzliche Regelung für die Gesetzesanwendung und die Rechtsprechung in ihren Folgerungen zu erkennen, sondern auch in ihren Ursachen und Gründen. Es ist nicht ihre geringste Aufgabe, die gesetzlichen Regelungen nach Möglichkeit auf letzte und einheitliche Prinzipien zurückzuführen. Sie ist Analyse und Synthese zugleich. Sie soll nicht nur die juristischen Tatbestände herausarbeiten, sondern auch die Zusammenhänge aufweisen zwischen den konkreten Erscheinungsformen der Gesetzgebung und ihren Grundprinzipien, durch die es erst möglich wird, den reichgegliederten Rechtsstoff einheitlich zu sehen und anstelle eines losen Gewirres zusammenhangloser Beziehungen ein geordnetes Gedankensystem zu gewinnen.

In ihrer Bedeutung geht aber die Erkenntnis der inneren Struktureinheit des Gesellschaftsbegriffs des BGB über den Rahmen der Gesellschaft des BGB hinaus, indem sie uns zugleich den unent-

behrlichen Maßstab gibt zur Vergleichung der übrigen Gesellschaftsformen des BGB wie des HGB. Vermöge seiner relativen Allgemeinheit und Dehnbarkeit besitzt der Gesellschaftsbegriff des BGB die erforderliche Spannweite, um seiner inneren Struktur nach die verschiedenartigsten Assoziationsformen nach irgend einer Richtung hin zu umfassen und eine subsidiär rechtliche Geltung seiner gesetzlichen Bestimmungen bei ihnen zu ermöglichen, von der einfachen nur aus wenigen einander vertrauten Personen bestehenden OHG bis zur Tausend von Mitgliedern zählenden Aktiengesellschaft. Unter der Perspektive des Gesellschaftsbegriffs des BGB erkennen wir in den verschiedenen Arten der Handelsgesellschaften das Ergebnis einer konstinuierlichen, von einfacheren zu komplizierteren Formen fortschreitenden Entwicklung, werden uns die einzelnen Merkmale der Handelsgesellschaft, Beiträge, Haftung, Geschäftsführung in ihrem Zusammenhang verständlich, nicht nur in ihrem Nebeneinander, sondern auch in ihrem Füreinander, d. i. in ihrer verschiedenen Bedingtheit [1]).

6. Diese Tatsache könnte die methodologische Frage nahelegen, nach der Möglichkeit oder auch nach der größeren Zweckmäßigkeit, auf einem streng induktiven Wege an das Problem der Erforschung und Durchleuchtung der verbandsrechtlichen Struktur und Dynamik der Gesellschaft des BGB heranzugehen, indem man z. B. alle einzelnen Gesellschaften des BGB wie des HGB auf ihren verbandsrechtlichen Gehalt ins Auge faßte und von einer Gesellschaft ausginge, die gerade noch eben unter den Begriff der Gesellschaft des BGB sich subsumieren läßt, die also nur noch die Mindestform der Gesellschaft des BGB zum Ausdruck bringt. Von dieser lezteren Form würden dann diejenigen Untersuchungen auszugehen haben, die die Grenzen der Gesellschaft zu anderen Rechtsgebilden besonders zum partiarischen Schuldverhältnis, festzustellen suchen. Man könnte diesen Grenzfall einer sog. Mindestgesellschaft des BGB etwa in der Stillen Gesellschaft verwirklicht glauben [2]).

---

1) Wieland, Lehrbuch des Handelsrechtes I, München-Leipzig 1921, S. 453.

2) Die praktische Bedeutung des Sozialrechtlichen zeigt sich gerade bei der Stillen Gesellschaft auf dem Gebiet der steuerrechtlichen Judicatur. Wenn die sog. Stille Gesellschaft noch dieses Minimum des Gesellschaftsmäßigen enthält, dann ist der Stille Gesellschafter Mitunternehmer im Sinne des Steuerrechts (vgl. T. 15 Nr. 2 des Eink. St. G. 16. X. 1934). Zu den früheren Gesetzesbestimmungen R. F. H. 18, 162 Nr. 54, 20, 194, Nr. 64). Wenn aber dieses Minimum des Gesellschaftrechtlichen Essentiellen nicht mehr bei der Stillen Gesellschaft vorhanden ist, dann behandelt sie das Steuerrecht als individualrechtliches Schuldverhältnis (Partiarische Obliga-

Dieser Weg scheint aber zum Teil aus den in der Arbeit selbst gewonnenen Erkenntnissen nicht gangbar. a) Einmal handelt es sich in der Arbeit nur um den verbandsrechtlichen Charakter der Gesellschaft des BGB, die sowohl als gesetzliche Gesellschaftsform bei all ihrer subsidiären Bedeutung für andere Gesellschaftsformen des HGB, wie auch als Gesellschaftsbegriff in ihrer konkreten Erscheinung koordiniert selbständig neben allen übrigen steht. Die Arbeit durfte sich deshalb bei ihren Untersuchungen auf die Gesellschaft des BGB beschränken.

b) Was aber zweitens die Stille Gesellschaft betrifft, so dürfte auch eine tatsächliche Schwierigkeit in ihr selbst gegeben sein. Die Stille Gesellschaft ist in ihrer Substanz ein schuldrechtliches Vertragsverhältnis und erschöpft sich in ihrem Wesensinhalt in rein schuldrechtlichen Rechten und Pflichten der beiden Gesellschafter untereinander. Von einer Subsumption der Stillen Gesellschaft unter die Gesellschaft des BGB könnte darum nur dann die Rede sein, wenn auch diese wesensinhaltlich ein schuldrechtlicher Vertrag wäre. Das aber ist nicht der Fall. Die Gesellschaft des BGB ist in ihrem Wesen Verband und nicht Vertrag. Die Stille Gesellschaft trägt durch die rein wirtschaftliche Einheit im gemeinsamen Zweck des Gewinnes und durch das rein gesetzliche Kontrollrecht nur eine äußere gesetzliche sozialrechtliche Struktur, die sie von der partiarischen Obligation, vom Darlehnsvertrag unterscheidet, und sie deshalb steuerrechtlich beeinflußt, aber sie hat deshalb noch keine verbandsrechtliche Struktur, geschweige denn eine verbandsrechtliche Dynamik. Der Stillen Gesellschaft fehlt das innere Verbandsprinzip. Wir haben kein inneres Assoziationsprinzip (nur Beteiligung, keine Mitgliedschaft); kein Organisationsprinzip (keine verbandliche Geschäftsführung oder Beschlußfassung); kein vermögensrechtliches Verbandsprinzip, nicht einmal Fähigkeit zum Gesellschaftsvermögen ist vorhanden, geschweige denn gesellschaftliche Haftung); kein immanentes Bestandsprinzip (nicht einmal Widerspruchsrecht und Treupflicht). Das Kontrollrecht ist im partiarischen Interesse des Stillen begründet und dafür da, den Inhalt der allein bestehenden obligatorischen Beziehungen zu beeinflussen. Auch die Verlustbeteiligung fordert nicht die „gesellschaftliche Verbundenheit" als Grundverhältnis. Von einem inneren realen rechtserheblichen persönlichen Verbundenheitsprinzip ist also

---

tion, Darlehen), der Stille Gesellschafter hat dann nicht Einkommen aus Gewerbebetrieb, sondern Einkommen aus Kapitalvermögen zu versteuern (E. St. G. § 20 Nr. 2).

nichts vorhanden. Als Ausgangspunkt für eine Untersuchung auf den verbandsrechtlichen Charakter einer Vollgesellschaft im Sinne des 14. Teiles des BGB dürfte die Stille Gesellschaft also nicht in Betracht kommen.

c) Verbandsrecht ist zwar immer Sozialrecht, aber Sozialrecht ist nicht immer Verbandsrecht. Der Wesensbegriff des Gesellschaftsverbandes ist kein rein technisch juristischer Begriff, sondern ein natürlicher, ein allgemein sozial-philosophischer Begriff, der nicht zuletzt in positiven juristischen Tatbeständen, sondern in der sozialen Natur des Menschen selber begründet liegt. Die juristischen Tatbestände dürfen die natürlichen in der Sozialnatur des Menschen begründeten philosophischen Wesenselemente aber nicht ausschließen, sondern müssen sie einschließen. Der rein juristisch technische, nur durch gesetzliche Tatbestände geformte Gesellschafts- oder Verbandsbegriff müßte zu einem Scheinbegriff, zu einer Fiktion werden, wenn er eines der natürlichen Wesenselemente der Gesellschaft verneinen würde. Diese Erwägungen dürften methodologisch sowohl den mehr deduktiven Aufbau wie den sozial- und rechtsphilosophischen Unterbau im I. und II. Teil der Arbeit rechtfertigen.

7. Begrenzung mußte sich die Arbeit auferlegen in der Heranziehung der nicht juristischen insbesondere der soziologischen Literatur. Das Schrifttum soziologischer Art zu der Frage des Gesellschaftsmäßigen ist außerordentlich groß. Häufig ist es auch auf die mehr psychologischen Beziehungen abgestellt. Die ganze Richtung der soziologisch-psychologischen Beziehungslehre kam für die Arbeit nicht in Betracht. Herangezogen werden mußte diejenige Literatur, die die tatbestandsmäßige Realisierung des Verbundenseins in den Vordergrund rückt. Aber auch hier konnte bei der Fülle der soziologischen Literatur Vollständigkeit nicht erstrebt werden. Bei dem vorwiegend theoretischen spekulativ konstruktiven Charakter der Arbeit, zumal in ihren sozial- und rechtsphilosophischen Partien, kam es mit Rücksicht auf die richtige und sichere Lösung des Problems weniger auf die Bearbeitung und Verwertung einer Fülle einschlägiger Literatur an, als auf Klarheit, Bestimmtheit und Eindeutigkeit der Begriffe und Definitionen bzw. der Terminologie und ihre einheitliche Anwendung bei der konstruktiven Durchführung der vorgesetzten Aufgabe. Leider aber läßt die in Frage stehende sozial- und rechtsphilosophische Literatur diese Einheit und Eindeutigkeit in der Terminologie oft vermissen.

I. Teil.

# Der Gesellschaftsbegriff des BGB.

## *A. Der natürliche Gesellschaftsbegriff.*

Unter „Gesellschaft im weitesten Sinne" versteht der Sprachgebrauch jede wechselseitige Beziehung, die menschliche Individuen durch ein ihnen gemeinsames Ueberindividuelles geeint, miteinander eingehen. Dieses Gemeinsame, in dem die gesellschaftliche Einigung sich vollzieht, der Wertgehalt, um dessentwillen sie angestrebt wird, kann naturhafter Art sein, z. B. aus Trieb und Neigung (Familie, Staat) oder ein mit klarem Bewußtsein erfaßtes und mit freiem Willen Angestrebtes: gemeinsame Interessen, Güter, Zwecke, Ziele. Die Verbindung kann eine freiwillige oder erzwungene sein, eine dauernde oder eine flüchtig geknüpfte und wieder gelöste; ihr Umfang reicht von der auf eine Zweiheit beschränkten ehelichen Gemeinschaft bis hinauf zum Menschheitsganzen. Ihr Inhalt ist in unübersehbarer Abstufung der dürftigste und der reichste. Ihre Form bald eine bis auf ein vages Gemeinschaftsgefühl gelockerte, bald eine bis zur straffsten Bindung durch Zweck, Gesetz und Leitung gefestigte [3]).

Die Gesellschaftsbildung liegt in der sozialen Veranlagung der Menschennatur, welcher eine absolute Selbstgenügsamkeit unmöglich ist. Der Mensch ist unbeschadet seines Für-Sich-Seins, der Eigenartigkeit und des Eigenwertes seiner Persönlichkeit, bestimmt in Gemeinschaft mit seinesgleichen zu leben und seine Lebensaufgabe zu erfüllen. Isoliert würde der Mensch nicht nur an Kraft verlieren, sondern auch außer Stande sein, ein menschenwürdiges Dasein zu führen. Die abstrakte Gleichheit und die konkrete Verschiedenheit der Menschen, die Gleichheit der Gattung und die Verschiedenheit der Individuen verlangen gebieterisch zur gegensei-

3) W. Schwer, Art. „Gesellschaft", Staatslex. Bl. II, Freiburg 1927, 611.

tigen Ergänzung die Gesellschaft als dauernde naturnotwendige von dem Wechsel der einzelnen unabhängige Erscheinung als wesentlichen und einflußreichsten Faktor in den Lebensgestaltungen der Menschheit [4]).

Aus der unübersehbaren Mannigfaltigkeit gesellschaftlicher Beziehungen im weitesten Wortsinn hebt sich die „Gesellschaft im engeren Sinn" heraus, wenn bewußte zielstrebige Kräfte als wesentlich bestimmend in den Gesellschaftsbegriff aufgenommen werden, nämlich als eine mehr oder weniger dauernde Vereinigung mehrerer, die in irgend einer Weise durch gemeinsame Tätigkeit einem gemeinschaftlichen Ziele zuzustreben verpflichtet erscheinen. (Familie, Staat, Kirche, die öffentlichen rechtlichen Korporationen, die freien, privatrechtlichen vertragsweise begründeten in Bezug auf Zweck und Leitung durch freie Vereinbarung im Rahmen des Rechts geordneten Gesellschaftsformen.)

## I. Der abstrakte oder metaphysische Gesellschaftsbegriff.

### (Begriffsanalyse).

Die Analyse des Gesellschaftsbegriffs. Welches sind die begriffswesentlichen Elemente, die allen diesen genannten verschiedenartigen Formen der Gesellschaft zugrunde liegen und zugrunde liegen müssen, daß man von einer „Gesellschaft im engeren Sinn" reden kann und muß? Welches sind die Elemente in allen diesen Formen, die allen gemeinsam sind und zwar so, daß von einer Gesellschaft nicht mehr die Rede sein könnte, wenn eines dieser Elemente fehlen würde? In diesen Elementen nämlich werden wir dasjenige zu suchen haben, was das eigentliche innerste Sein und Wesen der Gesellschaft überhaupt ausmacht. Nur so, nämlich dadurch, daß die einzelnen Elemente, die nach dem allgemeinen Urteil notwendig zur Gesellschaft gehören, reflex und bewußt zu einem einzigen Begriff geformt werden, ist eine Definition der Gesellschaft möglich [5]). Die Analyse des Gesellschaftsbegriffs stellt neben der selbstverständlichen Mehrheit oder Vielheit menschlicher Individuen als entscheidenstes und klarstes Merkmal die Einheit heraus.

1. Die Tatsache der Einheit. Die Gesellschaft ist immer eine Vereinigung vernünftiger menschlicher Individuen.

---

4) H. Pesch, Nat. Oekonomie Bd. I, 29, 75; R. Schmidt, Allgem. Staatslehre 10.
5) H. Pesch, a. a. O. 132.

2. Die Art dieser Einheit. a) Es muß eine innerliche Einheit sein. Offenbar genügt nicht die Einheit von Raum und Zeit. Die Einheit einer Gesellschaft ist mehr als eine bloß lokale, zeitliche, materielle. Es müssen Bindemittel sein, welche vernünftige, freie Menschen als solche miteinander vereinigen[6]).

Wie aber werden frei vernünftige Wesen überhaupt zur Einheit verbunden? Auf vernünftige freie Wesen als solche kann keine physische Kausalität einwirken, eine Einwirkung ist nur möglich auf dem Wege des psychischen Prozesses. Nicht ihre physischen Individualitäten und ihre physischen Fähigkeiten, sondern nur ihre psychischen Tätigkeiten, ihre psychsichen Akte können äußere Einflüsse erfahren; die menschlichen Individuen können also nur in diesen psychischen Akten behufs gesellschaftlicher Einheit verbunden werden. Aber auch diese psychischen Akte können nicht in ihrer subjektiven Seinsweise, sondern nur in ihrem objektiven Inhalt geeinigt werden. Aber am allerwenigsten lassen die Akte des geistigen Erkennens und Wollens, welche vor allem in der gesellschaftlichen Vereinigung Eins werden sollen, eine subjektive Einigung zu. Erkennen und Wollen sind innere immanente Tätigkeiten, die aus dem Subjekt nicht heraustreten; sie könnten also nur insofern geeint werden, als ihre geistigen Substrate, denen sie entstammen, erst eins würden, was unmöglich ist. Also es kann zur Gesellschaftseinheit nur eine objektive Einigung der freien vernünftigen Individuen nach ihren Erkenntnis- und Willensinhalten gefordert werwerden. Und zwar werden dieselben dadurch eins, daß ihr Erkennen und Wollen auf denselben Gegenstand gerichtet ist, daß sie dasselbe Objekt erkennen und wollen, daß ihre Tätigkeit auf dasselbe Ziel gerichtet ist. Also, nur jener psychische Einfluß des Objektes und des Zieles vermag eine Einigung unter intelligenten, d. h. vernünftigen Wesen herbeizuführen.

b) Es muß eine reale Einheit sein. Eine abstrakte, logische Gemeinsamkeit des Zieles, eine rein ideale Einheit reicht zum Gesellschaftsbegriff nicht hin. Deshalb weil mehrere gleichzeitig ohne jede Verabredung untereinander denselben Zweck zu erreichen suchen, bilden sie noch keine Gesellschaft. Es ist noch keine eigentliche Gesellschaft, wenn mehrere auf der Eisenbahn oder auf der Landstraße unabhängig von einander zufällig dasselbe Reiseziel haben. Sie müssen voneinander wissen, sich miteinander verabredet haben, sie müssen irgendwie durch gegenseitige Rechte

6) H. Pesch, a. a. O. 150.

und Pflichten auf dasselbe Ziel zu einem Ganzen verbunden sein. Sie müssen sich gegenseitig ergänzen, stützen, und durch dieses Zusammenwirken nur ein allen gemeinsames Ziel erstreben. Das Ziel muß so real gemeinsam sein, daß keiner für sich allein dasselbe erstrebt und erreicht, sondern nur mit den anderen, so daß die Einzelnen unter Preisgabe ihrer individuellen Selbständigkeit ihre Angelegenheiten durch Abhängigkeit voneinander zu gemeinsamen machen[7]). Der Gesellschaftsbegriff enthält also als wesentlichstes Element die Einheit in der Vielheit und zwar:

α) eine wirkliche Einheit, weil Erkennen, Wollen und Handeln der einzelnen Individuen nicht bloß in demselben Gegenstand zufällig zusammentrifft, gewissermaßen nebeneinander einmündet, sondern weil das Ziel von allen als allen gemeinsam, als gemeinsamer Zweck erkannt, gewollt und erstrebt wird.

β) Eine Willenseinheit, kein materielles Agglomerat, sondern eine mittelbar oder unmittelbar freiwillige Verbundenheit und Gebundenheit von menschlichen Individuen.

γ) Eine Zweckeinheit, wie sie aus der Einheit der Erkenntnis des Zieles sich ergibt und eine Einheit des Willens erzeugt.

δ) Eine formelle Zweckeinheit, d. h. eine gegenseitig gewußte und gewollte Zweckgemeinschaft, die dadurch hergestellt wird, daß der Zweck der einzelnen zu einem gemeinsamen gemacht wird und dadurch in die Gemeinschaftssphäre gebracht wird, daß er gemeinschaftlich, d. h. nicht nur miteinander, sondern auch in Abhängigkeit voneinander gewollt und gefördert wird; darum folgt aus dieser formellen inneren Einheit wie die Wirkung aus der Ursache:

ε) eine aktive wirksame Zweckeinheit, d. h. die äußere Vereinigung der Kräfte und Mittel, durch welche die Erreichung des Gesellschaftszweckes erstrebt wird; denn wenn die Willensgemeinschaft sich nicht auf die Anwendung der notwendigen Mittel zur Erreichung des Zweckes ausdehnt, kommt in Wirklichkeit keine Gesellschaft zustande.

c) Es muß eine dauernde Einheit sein. Die Gesellschaft ist als Gesellschaft begrifflich kein vorübergehender Akt, sondern ein Zustand, eine Zuständlichkeit, ein Dauerverhältnis, mag sie auch für noch so kurze Zeit gedacht und gewollt sein: Ein gewolltes Verbunden- und Gebundenbleiben. Spricht man von einer

7) Gutberlet, Ethik und Naturrecht 153 f.; Cathrein, Moralphilosophie II, 388.

Gesellschaft, so denkt man dabei immer an eine mehr oder weniger dauernde Verbindung und an einen Zweck, der nicht nur für einen Augenblick Bedeutung hat. Eine Versammlung ist noch keine Gesellschaft.

3. Der Grund der Einheit. Wodurch wird nun diese Einheit, diese Gemeinschaft hervorgerufen? Die Gesellschaft wird in ihrer Einheit wesentlich von drei Prinzipien bestimmt:

a) Von einem Existenzprinzip, d. i. jener äußere Tatbestand, der die Gesellschaft als solche faktisch begründet, m. a. W. der eigentliche Gründungsakt, das äußere Sich-Einigsein, das äußere Sich-Zusammenschließen. Dieses Sich-Zusammenschließen kann ein freiwilliges, spontanes oder ein pflichtmäßiges, d. h. auf Grund einer natürlichen Tatsache, eines Vertrages oder eines gesetzlichen Tatbestandes sein. Die äußere Tatsache, auf welcher der Zusammenschluß ruht, ist das Existenzprinzip.

b) Von einem inneren Wesensprinzip, dem Konstitutivprinzip, d. i. das subjektive innere Sich-Verbundenhalten und Gebundenhalten in der Richtung auf den gemeinsamen Zweck. Die Gesellschaft ist eine Einheit mehrerer durch gewollte Einigung und Ordnung. Diese innere Einigung und Ordnung zu einem einheitlichen Ganzen wird herbeigeführt durch den Willen zur Einheit, durch das Verbunden- und Gebundenseinwollen. Dieses Verbundenseinwollen und Gebundenseinwollen ist das eigentliche Konstitutivprinzip der Gesellschaft. Es kann sich in zweifacher Weise auswirken, einmal in dem aktuellen gemeinschaftlichen Zusammenwirken, in der aktuellen Tätigkeit der einzelnen Glieder z. B. in einer kurzfristigen Gesellschaft mit einem praktischen hier und jetzt unmittelbar und sofort zu erreichenden Ziel, oder in einer habituellen Einigung und Hinordnung auf den Gesellschaftszweck, kraft welcher sie zwar nicht ständig gesellschaftlich tätig sind, aber doch in steter Bereitschaft und Haltung sind, sich einzusetzen für die Interessen der Gesellschaft. Diese habituelle Einigung liegt vor allem darin, daß die einzelnen Mitglieder sich aufeinander hinordnen, wie Teile eines Ganzen zu dessen Wohl, Erhaltung und Förderung, sei es auf Grund natürlicher oder positiver Ordnung. Die Rechte und Pflichten, die unter dieser habituellen Hinordnung stehen, das sei schon hier bemerkt, fallen durchaus in den Bereich des inneren Wesensprinzips der Gesellschaft, sie haben wesentlich Sozialcharakter [8]).

8) Schiffini, Principia. phil. 209, 362.

c) Das dritte, die Gesellschaft bestimmende Prinzip ist das Spezifikationsprinzip, mit anderen Worten das Zweckprinzip. Nicht nur weil es die Einheit des Zusammenwirkens, die gemeinschaftliche Tätigkeit erst möglich macht, sondern auch, weil es die Natur der Gesellschaft spezifiziert. Die Gesellschaft ist eine Vereinigung, die zustande kommt durch eine geistige Bindung der Vielheit, sie ist ein Verbundensein und Gebundensein vernünftiger Wesen. Sie ist keine rein äußerliche, zufällige Einheit, sondern eine Einheit durch innere Bindung, durch ein bewußt gewolltes Sich-Binden. Darum gehört zum Gesellschaftsbegriff notwendig das Element des Zweckes, aus dem einfachen Grunde, weil es eine bewußte, vernünftige Einigung unter Menschen „im Allgemeinen" überhaupt nicht gibt. Jede Gesellschaft tritt konkret, bestimmt, spezifiziert in die Erscheinung. Diese Konkretheit der Bestimmtheit wird durch den Gesellschaftszweck, durch den konkreten Inhalt des gemeinsamen Wollens gegeben. Darum gehört zum Wesensbegriff der Gesellschaft, daß die Gesellschafter das gemeinsame Ziel erkennen, in der Hinordnung zu ihm es wollen, es mit gemeinsamen Kräften zu erreichen durch gegenseitige Rechte und Pflichten zusammengeschlossen werden [9]). Der Zweck selbst ist nicht ein innerer Bestandteil der Gesellschaft, wohl aber die Richtung auf diesen Zweck. Der Zweck ist die notwendige Voraussetzung der Gesellschaft und bestimmt ihre Natur wie der Gegenstand das Sehen und Hören [10]).

## Zweck und Gesellschaftszweck.

1. „Zweck" ist das, dessentwegen etwas geschieht; τὸ οὗ ἕνεκα nach Aristoteles: das, weswegen etwas von einer bewirkenden Ursache hervorgebracht wird. Vom Zweck ist zu unterscheiden das Mittel. Mittel ist das, was des Zweckes wegen geschieht. Der Zweck wird seinetwegen, das Mittel eines andern wegen intendiert.

Um den Begriff des Zwecks zu klären, sind einige Unterscheidungen notwendig:

a) Unter Zweck kann das Gut, die Sache, das Objekt oder vielmehr der Besitz der Sache, um dessentwillen die Tätigkeit ausgeübt wird, verstanden werden, oder aber auch das Subjekt, dem jenes Objekt oder Gut durch diese Tätigkeit zufallen oder

9) Cathrein, Philosophia moralis 348 ff.
10) Cathrein, Moralphilosophie II, 389.

besorgt werden soll, sei es nun, daß dies der Intendierende selbst oder ein Anderer ist. Beide Zwecke finden sich in concreto immer zusammen oder bilden einen konkreten Zweck, wie wenn ich mein Glück begehre. Wenn auch beide Momente für sich als Zweck gefaßt werden können, so sind sie sich doch nicht koordiniert, sondern der Besitz ist dem Besitzer untergeordnet.

b) Ferner ist zu unterscheiden zwischen dem inneren und äußeren Zweck einer Handlung, d. h. zwischen dem Zweck, zu dem das Werk selbst seiner Natur nach hingeordnet ist (finis operis) und dem Zweck, welchen sich der Handelnde steckt (finis operantis). Beide Zwecke können zusammenfallen z. B. Betreiben des Studiums zur Wissenschaft. Sie können aber auch und werden oft auseinanderfallen; so ist der innere Zweck der Uhr die richtige Zeitangabe, der äußere Zweck für den Uhrmacher das Geschäft.

c) Zweck und Interesse: Zweck ist immer etwas durchaus objektives, ist das, was erreicht werden soll. Interesse ist im subjektiven Sinne das Begehren und Verlangen dessen, was man erreichen will, es ist das vom Individuum gefühlte Bedürfnis nach Befriedigung durch die angestrebten Güter; im objektiven Sinne ist das Interesse der Erfolg oder der Zweck eines Dinges, soweit er dem einzelnen als Vorbild zu Gute kommt. Zweck und Interesse können zusammenfallen, müssen es aber nicht. Jedes Operieren mit dem Begriff des Interesses schließt notwendig den Zweckbegriff ein. Nicht aber nimmt umgekehrt der Zweckbegriff denjenigen des Interesses in seinen Inhalt auf [11]).

d) Zweck und Motiv. Auch diese Begriffsinhalte können materiell zusammenfallen, aber nicht formell. Motiv ist jede in der Vorstellung, sei es als Verpflichtung, Gesetz, Autorität oder als Ideal oder als Zweck wirkende, das Handeln bestimmende Ursache. Das Motiv hat immer eine unmittelbare Relation zur Vorstellung. Nicht jedes Motiv enthält ein Zweckmoment, aber jedes in der Zukunft liegende Motiv wird ein Zweckmoment enthalten; jede Zweckursache des Handelns ist ein Motiv des Handelns. Aber nicht jeder Zweck eines Dinges ist auch Motiv. Der Zweck der Uhr ist zu unterscheiden von dem Zweck oder Motiv des Uhrmachers. Der Zweck der Gesellschaft ist zu unterscheiden vom Zweck oder Motiv der Gesellschafter. Damit kommen wir zur näheren Erörterung des Gesellschaftszweckbegriffs.

---

11) Wieland, Lehrb. d. Handelsrechtes I, 459.

2. Der Gesellschaftszweck. Der Gesellschaftszweck ist wohl zu unterscheiden von dem Gesellschaftsgründungszweck und weiter von dem Gesellschafterzweck.

Zwiedineck-Südenhorst meint: „daß alle Personen in ihrem Denken, Fühlen und Wollen eines und desselben Geistes seien mit allen ihren Vorstellungen, Gefühlen und Willensneigungen einander verstehen, ist keine Voraussetzung der Gesellschaftsbildung, es ist eine Qualität, die schon auf einen Idealzustand zugeschnitten ist" ..

Das ist richtig, sofern eben die Gesellschaftsbildung infrage steht. Handelt es sich aber um das Wesen der Gesellschaft, so wird man ebensowenig von einem Gesellschaftszweck, wie von dem gemeinsamen Wollen dieses Zweckes absehen können, mag dieser Zweck nun in freiem Vertragsschluß, oder durch das Gesetz oder sonst durch freiwillige Bindung bestimmt und verpflichtend sein. Das ist kein irgendwie „anzustrebender Idealzustand", sondern Wesensnotwendigkeit. Die Gesellschaft selbst würde zur bloßen Illusion führen [12]).

Ebenso redet Ihering vom Gesellschaftsbildungszweck oder auch Gesellschafterzweck und nicht vom Gesellschaftszweck, wenn er meint, daß es rein selbstische Interessen seien, welche die Gesellschafter zusammenführen, und daß der Gesellschafter vielfach bestrebt sein würde, für sich selbst möglichst günstige Bedingungen zu erringen, gegen eine niedrig bemessene Einlage einen möglichst hohen Anteil am Gewinn zu sichern.

Ebenso wenn Bernatzik (Archiv f. öffentl. Recht V, 1890, 242) die „Gesellschaft" im Gegensatz zum „Gemeinwesen" jenen Verband nennt, „der nur behufs Verwirklichung der Interessen der Genossen gebildet wird", so gilt das wieder vom Gesellschaftsbildungszweck und nicht vom Gesellschaftszweck. In der Gesellschaft, sagt er, sind nur die Zwecke der Genossen Veranlassung der Verbindung, nicht ein von ihnen in verschiedener möglicher Weise in Widerstreit mit ihnen geratender Gesamtzweck. Auch dann, wenn hier eine Willensbildung behufs Erzeugung eines einheitlichen Gesamtwillens besteht, kann ein solcher von den Gesellschaftern nur als relativ besseres Mittel zur Befriedigung der eigenen Interessen gewählt werden; es können dann zwar die Willen, nicht aber die Zwecke in Konflikt miteinander geraten. Die Gesellschafter verfolgen das gleiche, nicht aber dasselbe Interesse. Die Form der societas ist eine „selbstsüchtige" egoistische. Im Gemein-

12) Zwiedineck-Südenhorst, Soz. Politik, 1911, 5; H. Pesch, a. a. O. 152.

wesen dagegen ist die Hingabe an einen Zweck gefordert, der mit dem eigenen der Genossen in Konflikt geraten kann, welchem dann diese weichen müssen".

Wenn die „societas" in Wirklichkeit eine „Gesellschaft" ist, wird sich auch innerhalb der Societas das Individualinteresse des Einzelnen dem Gesellschaftszweck zu beugen haben. Die Zweckgemeinschaft der Gesellschaft hat mit einer Interessengemeinschaft der Gesellschafter begrifflich ebensowenig zu tun, wie das Gesellschaftsinteresse mit dem Gesellschafterinteresse. Der Begriff des Interesses, d. h. des persönlichen Gesellschaftsvorteils und das subjektive Eingestelltsein auf diesen persönlichen Vorteil geht weiter als der objektive immanente Gesellschaftszweck. „Wenn z. B., sagt Wieland, „eine an verschiedenen Unternehmen beteiligte Gruppe von Aktionären das eine Unternehmen dem andern zum Opfer bringt, so schließt der offenbare Interessekonflikt die objektive Zweckgemeinschaft nicht aus" [13]).

Das Gesellschaftsinteresse ist mit der Gesellschaft als solcher wesentlich gegeben. Es hat seinen inneren Grund in der gegenseitigen Verbundenheit der Gesellschafter. Es ist ein objektiver durch den Gesellschaftszweck gegebener Tatbestand.

Das Gesellschaf t e r interesse aber ist unmittelbar begründet in den Gesellschaftern selbst, in ihrer subjektiven Haltung. Es kann sich mit dem Gesellschaftsinteresse decken, muß es aber nicht.

Aus demselben Grunde scheiden sich Gesell s c h a f t s solidarität und Gesellschaf t e r solidarität; sie decken sich begrifflich ebensowenig wie Gesellschaftszweck und Gesellschafterzweck.

Gesellschafterzweck und Gesellschaftersolidarität tragen wesentlich individualistischen Charakter, ihnen liegen unmittelbar egoistische Motive zugrunde, sie werden ihrer selbst wegen gesucht und nicht unmittelbar der Gesellschaft wegen.

Anders beim Gesellschaftszweck und bei der Gesellschaftssolidarität. Bei beiden steht unmittelbar und direkt das Wesen und der Bestand der Gesellschaft infrage. Sie sind einander wesensverbunden und wesensabhängig. Sie stehen einander gegenüber wie Ursache und Wirkung. Die Gesellschaftssolidarität ist das objektive gegenseitige Verpflichtetsein auf den unmittelbaren Gesellschaftszweck, welches seinen Ausdruck findet in der gesellschaftlichen Tätigkeit.

---

13) Wieland I, a. a. O. 459.

Unmittelbarer nächster Gesellschaftszweck und letzter Gesellschaftszweck. Der Gesellschaftszweck als Spezifikations- und Wesenselement ist immer unmittelbarer Zweck der Gesellschaft. Darum liegen unmittelbare private Sonderzwecke außerhalb der unmittelbaren und strikten Gesellschaftssphäre, d. h. sich der Mitwirkung anderer aus ausschließlichem Privatinteresse oder zu unmittelbaren Privatzwecken bedienen würde ein individualistisches Dienstverhältnis, aber keine Gesellschaft bedeuten. Einer societas leonina fehlt das Gesellschaftselement. Daraus folgt aber nicht, daß die einzelnen Gesellschafter nicht auch ihre eigenen Interessen im Auge haben dürfen, ja es wird die Regel sein und es wird auch die Regel sein, daß der Gesellschaftszweck auch dem Wohl und dem Nutzen des einzelnen dient (letzter Sozialzweck). Hier aber handelt es sich um die begriffswesentlichen Elemente der Gesellschaft. Der Gesellschaftszweck ist begriffswesentliches Element nur als der Gesellschaft immanenter Zweck, auf den die Gesellschaft ihrer Natur nach zielt, der gar keiner Abdingung fähig ist, weil sonst die Gesellschaft selbst als solche aufhören würde zu sein; denn die Existenz einer Gesellschaft „im allgemeinen" ist unmöglich.

Nach dem bisher Gesagten ergeben sich als die begriffswesentlichen Elemente der Gesellschaft: 1. eine Mehrheit von Personen; 2. ein gemeinsamer Zweck (Gesellschaftszweck); 3. die Zusammenfassung oder geordnete Vereinigung der Tätigkeiten dieser Personen zu dem gemeinsamen Zweck.

So stellt sich der Gesellschaftsbegriff im eigentlichen Sinne, wenn man aus den mannigfaltigen Phänomenen der gesellschaftlichen Einigung das stets gemeinsame und immerwiederkehrende heraushebt. Mag das eine oder andere Moment hier schwächer, dort stärker, hier klarer, dort minder klar sich ausprägen, immer muß die Gesellschaft irgendwie sein:

> eine dauernde Verbindung oder Vereinigung mehrerer, die durch gemeinsame Tätigkeit einem gemeinschaftlichen Ziele zustreben, das von allen gekannt und auf Grund eines sie irgendwie verpflichtenden Tatbestandes, sei es einer Verabredung, eines gegenseitigen Vertrages, eines gemeinsamen Beschlusses oder eines Gesetzes anerkannt und gewollt wird (Pesch).

## II. Der konkrete oder physische Gesellschaftsbegriff.
### (Existenzanalyse.)

1. Die abstrakte Definition eines Dinges beruht auf seiner Begriffsanalyse durch Abstraktion des Besonderen vom Allgemeinen, in dem die Gattung (genus) durch ein abstraktes Attribut (differentia spezifica) bestimmt wird. Danach wurde oben die Gesellschaft definiert als eine Mehrheit von Personen (genus) zu einer spezifischen realen Einheit verbunden (differentia spezifica). Die konkrete Definition eines Dinges beruht auf der Analyse seiner konkreten Wirklichkeit, seiner physischen Erscheinung und Existenz durch Hervorhebung ihrer konstitutiven Komponenten und wesensnotwendigen Prinzipien, ohne welche der Gegenstand nicht existent gedacht werden kann, z. B. der Mensch eine Verbindung von Leib und Seele zu einer Natureinheit.

a) Die Gesellschaft in ihrer Wirklichkeit tritt in die konkrete Erscheinung als reale Personenverbundenheit und zwar materiell und formell. Sie ist kein bloßes Begriffswesen, sie hat ihre konkrete Realität, d. h. sie hat ihr eigenes vom Denken und von dem Sein der einzelnen unabhängiges Sein, und zwar auch formell unter der spezifischen Rücksicht der Verbundenheit. Denn durch die willensmäßige reale Einigung entsteht etwas Neues, etwas von der Realität des Einzelnen und auch von der rein numerischen Mehrheit oder Vielheit Verschiedenes und für sich Wirkendes: Die Realität der konkreten Verbundenheit.

b) Die Gesellschaft in ihrer Tätigkeit tritt in die konkrete Erscheinung nicht nur als äußere Geschlossenheit durch die zweckgerichtete Verbundenheit als solche, sondern auch als innere Geschlossenheit durch die planmäßig geordnete Einheit ihrer gemeinschaftlichen Tätigkeit.

c) Die Gesellschaft in ihrer Wirklichkeit und gemeinschaftlichen Tätigkeit zugleich tritt in die konkrete Erscheinung nicht nur als äußere und innere Einheit und Geschlossenheit, sondern kraft der Immanenz ihres Wesens- und Tätigkeitsprinzips, nämlich des gemeinsamen Willens und Wollens, auch als in sich abgeschlossenes Ganzes und Selbständiges. Man kann sogar sagen: Da dieser für sich und in sich abgeschlossenen Personeneinheit Handlungen der geistigen Ordnung und des vernünftigen Strebens zugeschrieben werden, erscheint sie im analogen Sinne gewissermaßen als „Person", wie auch der Mensch als individuell selbständiges vernünftiges Wesen „Person" genannt wird. Da die Einheit der Gesellschaft nicht wie

bei der menschlichen Person eine physische Einheit ist, sondern nur eine Einheit des Wollens und Handelns, so wird die Gesellschaft auch nicht in der physischen Ordnung, sondern in der moralischen Ordnung als „Person" gelten können; moralische Person (personne morale) auch, weil sie als selbständiges Subjekt von Tätigkeiten, von Rechten und Pflichten sich darstellt, mit scharfer Trennung der Vermögenssphäre zwischen Gesellschaft und Gesellschaftsgliedern. Da Recht und Pflicht auch der moralischen Ordnung angehören, wird man diese Selbständigkeit nicht besser ausdrücken können, als daß man sie „moralische Person" nennt. Dieser Ausdruck „moralische Person" hat mit dem Terminus „juristische Person" des positiven Rechts formell nichts zu tun, da letzterer Begriff unmittelbar ganz auf der positiven Rechtsordnung ruht, obwohl nicht zu leugnen ist, daß der ontologische Grund der eigentlichen „juristischen Person" die oben beschriebene „moralische Person" ist.

2. Die Struktur der konkreten gesellschaftlichen Personeneinheit. Nach dem Gesagten wird die Gesellschaft in ihrer konkreten Erscheinung d. h. in ihrer Wirklichkeit, Tätigkeit und Selbständigkeit von einem dreifachen Prinzip wirksam bestimmt: In ihrer Wirklichkeit von einem konstitutiven Verbundenheitsprinzip; in ihrer gemeinschaftlichen Tätigkeit von einem effektiven Ordnungsprinzip und in ihrer Selbständigkeit von einem immanenten Selbstverwirklichungsprinzip.

a) Das konstitutive Verbundenheitsprinzip der gesellschaftlichen Personeneinheit.

Das Wesen der gesellschaftlichen Personeneinheit liegt in einem qualifizierten Verbundensein. Die Gesellschaft ist mehr als eine Summe von Individuen, sie ist nicht nur Summe und Vielheit, sie ist Einheit durch Verbundenheit und Gebundenheit. Durch diese gesellschaftliche Verbundenheit und Gebundenheit wird, wie Gierke sagt, die Rechtssubjektivität der einzelnen in einen besonderen Zustand versetzt, in den Zustand des gesellschaftlichen Verhaftetseins, in den Zustand der Mitgliedschaft. Der Einzelne kommt aus dem Individualverhältnis in ein Sozialverhältnis, in eine Gemeinsphäre [14]).

14) Gierke, Privatr. I, 660: „Das Wesen der personenrechtlichen Gemeinschaft beruht auf der rechtlichen Ordnung eines Zusammenhanges, der das Für-Sich-Sein der einzelnen Menschen in einem bestimmten Bereiche aufhebt und durch

Was ist diese Gemeinsphäre? Worin besteht diese „überindividuelle Lebenseinheit" der Gesellschaft, von welcher Gierke spricht? Wodurch wird diese „gemeinsame Lebensordnung, die spezifisch wirkt", hergestellt? Ganz allgemein dadurch, daß der einzelne auf seine individuelle Selbständigkeit zu Gunsten des Gesellschaftszwecks verzichtet durch die gewollte, bewußte Verbundenheit mit den anderen und die Gebundenheit an das Ganze. Die Gesellschaft ist nicht bloß Summe, Vielheit, sie ist gegenseitige Verbundenheit, sie ist zweckbezogene gegenseitige Verbundenheit, die sich in zweckgerichteter, gemeinschaftlicher Tätigkeit verwirklichen muß durch das wirksame konkrete Ordnungsverhältnis zwischen der Gesamtheit und den einzelnen und umgekehrt. Einerseits sind die einzelnen an die Gemeinschaft gebunden, weil sie zwar ihre eigenen Zwecke verwirklichen, aber immer und zwar nicht zufällig als Gesellschafter in der Gesellschaft und mit Hilfe der Gesellschaft. Aus dieser wesentlichen Beziehung des Gesellschafters zur Gesellschaft ergibt sich eine Unterordnung des einzelnen unter das Ganze. Das Bestehen einer solchen Gemeinschaft ist nicht anders möglich, als in der Weise, daß die Einzelglieder des Verbandes sich dem Ganzen und dessen Organen zur Ermöglichung des Gesellschaftszweckes fügen. Das Verbandsverhältnis schließt eine Abhängigkeit der Glieder vom Verband, eine Herrschaft des Verbandes über die Glieder mit begrifflicher Notwendigkeit ein. Anderseits ist die Gesellschaft an die einzelnen gebunden, weil sie auf der Grundlage des gemeinsamen, von den einzelnen Gesellschaftern anerkannten Gesellschaftsinhaltes das volle handlungsfähige Leben erst dadurch erhält und bewahrt, daß die einzelnen

---

Verbundenheit ersetzt. Von den verbundenen Personen löst sich zwar kein selbständiges soziales Lebewesen mit eigener Persönlichkeit ab, allein in ihre Lebensordnungen tritt ein Stück gemeinsamer Lebensordnung ein. So ergibt sich eine von den Sondersphären der Beteiligten rechtlich unterschiedene Gemeinsphäre, als deren Träger die verbundenen Personen eine Personeneinheit darstellen. Innerhalb der Gemeinschaft herrscht insoweit statt getrennter Einzelwillen ein durch Verschmelzung der Willensgebiete geeinigter Gemeinschaftswille".

Gierke: „Wesen der menschlichen Verbände", Rekt.-Rede 1906: „Die Wirkungen, die wir der Gemeinschaft zuschreiben müssen, sind so beschaffen, daß sie sich aus bloßer Summierung individueller Kräfte nicht erklären lassen. Denn sie können nicht etwa von einem isolierten Menschen teilweise hervorgebracht werden, sodaß die Gesamtleistung eine den Teilleistungen gleichartige und nur quantitativ gesteigerte Größe wäre, sondern sie sind spezifischer Art. Somit kann auch die wirkende Gemeinschaft nicht mit der Summe der Individuen zusammenfallen, muß vielmehr ein Ganzes mit überindividueller Lebenseinheit sein".

durch die gemeinsame Tätigkeit für den Gesellschaftszweck einstehen [15]).

b) Das effektive Ordnungsprinzip der gesellschaftlichen Personeneinheit.

Welches ist das praktische Prinzip in der Gesellschaft, das die Zusammenfassung der Einzelkräfte in konkreto wirksam herbeiführt und nicht bloß in der Idee, sondern auch in der Tätigkeit die Kräfte dauernd vereint? Es ist die über den einzelnen stehende Ordnungs- und Führungsgewalt, die durch ihr Vorhandensein und ihren praktischen Einfluß auf die Einzelnen planmäßig den Gesellschaftszweck verwirklicht, und der auf Seite der Einzelnen die Pflicht entspricht, sich leiten zu lassen, soweit dies der Erreichung des Gesellschaftszwecks notwendig ist.

Diese Leitungsgewalt, in welcher Form sie immer auftreten mag, ist das der Gesellschaft innere Prinzip der konkreten Einheit, während der Gesellschaftszweck das äußere Prinzip der Einheit ist. Sie ist ein wesentliches Prinzip, da es der Gesellschaft erst die konkrete Einheit und Ordnung gibt. Der Gesellschaftszweck ist ein Prinzip idealer Einheit, insofern er den gemeinsamen Gegenstand des Wollens und Strebens der einzelnen bildet, aber er ist kein Prinzip der inneren realen Einheit. Der Gesellschaftszweck bestimmt zwar die Art der Tätigkeit und der Einrichtung der Gesellschaft, er ist ihr Spezifikations- und Richtungsprinzip; um aber der Gesellschaft jene innere, reale Einheit, d. h. ihren immer wirksamen Zusammenhalt zu geben, — was ihr Wesen ausmacht — dazu reicht der Zweck nicht aus; dazu ist ein wirksamer Einfluß einer rechtlichen autoritären Gewalt notwendig [16]). Die innere Notwendigkeit einer derartigen autoritären Gewalt ist mit der Verschiedenheit der menschlichen Individualität in allen ihren Fähigkeiten und Anlagen gegeben, und die ausnahmslose Erfahrung im menschlichen Leben zeigt, daß eine Gesellschaft ohne ein solches konkret wirkendes Einigungsprinzip nicht auf die Dauer möglich ist. „Es bildet sich", sagt Gutberlet, „keine, auch nicht die kleinste vorübergehendste in Bezug auf ihr Ziel geringfügigste Gesellschaft unter den Menschen, ja selbst unter Kindern, keine Spiel-, Reise-, Handels-, Gelehrten-, Vergnügungsgesellschaft ohne irgend ein führendes Prinzip, möge dieses nun Ausschuß, Vorstand, Dirigent, Geschäftsführer oder wie immer heißen. Freilich bei sehr kleinen, momentanen einfachen Gesellschaften üben häufig alle zu-

15) Gundlach, Art. „Solidarismus", Staatslexikon, Freiburg.
16) H. Pesch, a. a. O. 137.

sammen nach Uebereinkunft die Leitung aus. In diesem Falle würde die Gesellschaft selbst die soziale Leitung ausüben. Je größer aber die Zahl der Mitglieder ist, je schwächer und einseitiger der Gesellschaftszweck von den einzelnen im Auge behalten wird, je dauernder er durch eine ganze Reihe von Handlungen erstrebt werden muß, je weniger konkret und unbestimmter die geseinsame Tätigkeit ist und der Gesellschaftszweck auf viele Art erreicht werden kann, und je weniger die Art der Leistungen der einzelnen determiniert oder doch nicht klar erkannt wird, desto zwingender stellt sich die Notwendigkeit eines solchen Führungsprinzips heraus" [17]). Die Konsequenz dieser für die Gesellschaft gegebenen Wesensnotwendigkeit wird sich praktisch entweder dahin auswirken, daß die Gesellschaft selbst in gemeinsamer Geschäftsführung die Leitung übernimmt, oder daß sie für die gemeinsame Tätigkeit einzelne bevorzugte Mitglieder als Träger der verstärkten, vereinigten Kraft als ihre Organe aus sich heraus setzt. Persönliches Einstehen aller einzelnen für die Verwirklichung des Gesellschaftszwecks, wirksame Durchführung des gemeinschaftlichen Zusammenwirkens zum Gesellschaftszweck durch die leitende Verbandsgewalt, Unterordnung der einzelnen unter die Gesamtgewalt, Ueberordnung dieser Gesamtgewalt über die einzelnen sind voneinander unzertrennliche Merkmale der gleichen Erscheinung. „Der Verband", sagt R. Schmidt, „läßt sich demnach als ein innerhalb einer Personenmehrheit bestehendes Herrschaftsverhältnis bezeichnen, nur daß die Verbandstätigkeit im gemeinsamen Interesse die prinzipale Tatsache darstellt, während die Abhängigkeit der Glieder vom Verband erst die sekundäre Tatsache ist [18]).

c) Das immanente Selbstverwirklichungsprinzip der gesellschaftlichen Personeneinheit.

Die Gesellschaft als selbständiges Ganze, als selbständige Personeneinheit, als „moralische Person", hat ihr eigenes immanentes Lebensprinzip in der spezifischen zweckgerichteten Willensgemeinschaft oder Willensverbundenheit. Mit diesem Lebensprinzip ist grundsätzlich ihre Lebensfähigkeit gegeben, nämlich die Möglichkeit sich zu behaupten, zu erhalten und zu entfalten, nicht nur zur Verwirklichung des Gesellschaftszweckes, sondern auch zur Verwirklichung der Gesellschaft selbst. Einer Gesellschaft, welcher diese Fähigkeit fehlt, fehlt auch die Berechtigung ihrer Existenz. Das Prinzip, welches diesem elementaren Lebensrecht der Gesell-

17) Gutberlet, Ethik und Naturrecht 158.
18) R. Schmidt, Allgemeine Staatslehre 9.

schaft sich selbst zu verwirklichen, zugrunde liegt, ist das der Gesellschaft naturnotwendige Bestandsprinzip.

Nach dem Gesagten können wir also folgende Wesenselemente für den konkreten Gesellschaftsbegriff herausstellen:

1. Wir haben eine gegenseitige reale Verbundenheit, welche eine Mehrheit von Individuen in gemeinschaftlicher zweckgerichteterer planmäßiger Tätigkeit zusammenschließt (Assoziationsprinzip).

2. Wir haben zur wirksamen Erreichung des Gesellschaftszweckes durch die gemeinschaftliche Tätigkeit ein reales Ordnungsprinzip in der autoritären Ueberordnung der verbundenen Mehrheit über die einzelnen und in der Unterordnung der einzelnen unter den Gesamtwillen (Organisationsprinzip).

3. Wir haben eine gewisse Selbständigkeit der Gesellschaft und damit die Fähigkeit auf Grund der Willensgemeinschaft und gemeinschaftlichen Tätigkeit nicht nur den Gesellschaftszweck, sondern auch die Gesellschaftselbst immanent zu verwirklichen (Immanenzprinzip).

Man darf also die Gesellschaft in ihrer konkreten Erscheinung und Wirklichkeit definieren als: eine dauernde Vereinigung von Personen, die durch wirksame Verbundenheit in gemeinschaftlicher Tätigkeit die Gesellschaft und den Gesellschaftszweck zu verwirklichen sich verpflichtet haben und durch eine autoritäre Gewalt zu diesem Ziele hingeleitet werden.

## *B. Der Gesellschaftsbegriff in der Rechtsordnung des BGB.*

### I. Der Gesellschaftsvertrag.

1. Die Tatsache des Gesellschaftsvertrages. Daß im 14. Titel des BGB in der „Gesellschaft" von einem vertraglichen Tatbestand die Rede ist, bedarf keines Beweises. Ausdrücklich sprechen von einem „Gesellschaftsvertrag" die §§ 705—707; 709—712; 715; 723; 729; 736—737 BGB. Das Gesetz gibt keine Definition, weder der Gesellschaft noch des Gesellschaftsvertrages. Es heißt in § 705 nur „Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschaf-

ter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten".

Aus diesem Gesetzestext geht nicht hervor, daß mit diesen Verpflichtungen alle Funktionen des Gesellschaftsvertrages erschöpft sind. Aber der 14. Titel läßt keinen Zweifel darüber, daß der Gesellschaft des BGB ein Vertrag nach obigem spezifischen Charakter zu Grunde liegt.

2. Der Begriff des Gesellschaftsvertrages.

a) Es handelt sich um einen Gesellschafts v e r t r a g, d. h. um eine erklärte rechtlich bindende Willenseinigung mehrerer sich gegenüberstehenden Parteien in Bezug auf irgend eine Sache oder Leistung oder auf die Herbeiführung eines einheitlichen Rechtserfolges. Wir haben eine erklärte, rechtlich bindende Willenseinigung: die gegenseitige Verpflichtung mehrerer sich gegenüberstehender Gesellschafter in Bezug auf eine Vereinigung zur Erreichung und Förderung eines gemeinsamen Zweckes in vertraglich bestimmter Weise, insbesondere durch die Leistung von Beiträgen. Jeder Gesellschafter steht mit jedem anderen Gesellschafter durch den Vertragsabschluß in einem Vertragsverhältnis. Man kann sagen, jeder Gesellschafter mit allen übrigen, „aber alle übrigen" nicht kollektiv einheitlich gedacht, sondern distributiv, d. h. mit jedem anderen Gesellschafter.

b) Der Gesellschaftsvertrag ist ein g e g e n s e i t i g e r Vertrag. insofern er notwendig gegenseitige Verpflichtungen zu Leistungen begründet, aber nicht in dem Sinne, daß die eine Partei jeweils das erhält, was die andere leistet. Ein derartiger unmittelbarer Austausch zwischen Leistung und Gegenleistung findet nicht statt [19]).

Das Wesen der Gegenseitigkeit liegt nicht in Leistung und Gegenleistung, sondern in der gegenseitigen rechtlichen Abhängigkeit der Leistungsversprechen voneinander, in jener doppelten Abhängigkeit, die man als genetische und funktionelle Abhängigkeit bezeichnet, d. h. die Leistungspflicht kann und soll nur entstehen, wenn auch diejenige der übrigen entsteht, m. a. W. die Leistungspflicht eines Gesellschafters kann nicht ohne Rücksicht auf die anderen Gesellschafter geltend gemacht werden [20]). Immerhin han-

19) „Wirkliche auszutauschende Werte und Gegenwerte sind die zum Gesellschaftsvermögen zu leistenden Beiträge und die daraus zu leistenden Gewinnanteile bei Erwerbsgesellschaften. Hier sind gegenseitige Verträge des Austauschtypus, bei denen in gewissen Grenzen für Anwendung der §§ 320 bis 326 BGB Raum ist" (Siber, Schuldrecht p. 404).

20) Geiler, in Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, Bd. II, 1. 1932. Anm. 42.

delt es sich aber insofern um eine besondere Kategorie eines gegenseitigen Vertrages, als die gegenseitigen Verpflichtungen einen gemeinsamen Zweck gemeinsam verwirklichen sollen, d. h. durch eine Gesellschaft, durch die gesellschaftliche Tätigkeit, d. h. durch Förderung und Erreichung des Gesellschaftszwecks in Abhängigkeit der Einzelnen voneinander und von der Gesamtheit.

Der spezifische Charakter des Gesellschaftsvertrages liegt nicht in der Identität der Gesellschafterzwecke und ihrer Interessen (Ihering), sondern in der gegenseitigen Verpflichtung der einzelnen Gesellschafter, den gemeinsamen Gesellschaftszweck gemeinsam zu verwirklichen.

3. Der Inhalt des Gesellschaftsvertrages: Das Wort Gesellschaftsvertrag kann einen zweifachen Sinn haben, und jeder hat auch seinen besonderen Inhalt. Wir haben zu unterscheiden zwischen Gesellschaftsvertrag im engeren und im weiteren Sinn.

Der Gesellschaftsvertrag im engeren Sinne ist der Gesellschaftsgründungsvertrag, d. h. der obligatorische Vertrag, der die einzelnen Gesellschafter durch Beiträge zur Herstellung, Erhaltung des Gesellschaftsverhältnisses und zur Förderung des Gesellschaftszweckes, zur Teilnahme an Gewinn und Verlust usw. verpflichtet bzw. berechtigt.

Der Gesellschaftsvertrag im weiteren Sinne sind weitere vertragliche Regelungen der gesellschaftlichen Tätigkeit zur Verwirklichung des Gesellschaftszweckes. Beide Aufgaben, die Verpflichtung zur Herstellung der Gesellschaft resp. des Gesellschaftsverhältnisses und die vertragliche Regelung der späteren gesellschaftlichen Tätigkeit können durch dasselbe Rechtsgeschäft erledigt werden. Es wird dies der Fall sein, wenn die Wirksamkeit des Gründungsaktes abhängig ist von der Einigung über die Einzelbestimmungen der gesellschaftlichen Tätigkeit.

„Leistung" beim Gesellschaftsvertrage ist im weitesten Sinne zu verstehen. Jeder Beitrag, alles was von einem Gesellschafter ausgehend geeignet ist, den Gesellschaftszweck zu fördern, ist „Leistung" im gesellschaftlichen Sinne: Sachleistungen und Dienstleistungen, einmalige und Dauerleistungen, jedwedes Tun oder Unterlassen im Interesse des Gesellschaftszweckes. Der Gesellschaftsvertrag ist eben kein Tauschvertrag, darum ist ein bestimmter Inhalt der Leistung begrifflich unwesentlich [21]).

---

21) Wieland I, a. a. O. 453.

Auf der anderen Seite ist die bloße Verpflichtung zur Förderung der Gesellschaft und des Gesellschaftszweckes an und für sich rechtlich ungenügend; es müssen bestimmte oder wenigstens bestimmbare Beiträge da sein. Es muß sich feststellen lassen können, wie der Gesellschaftszweck gefördert werden soll, d. h. es müssen Beiträge zu ermitteln sein, denn der Gesellschaftszweck ist in einer durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern[22]). Es bedarf daher einer besonderen Vertragsbestimmung darüber, welche Leistungen die Einzelnen zur Erreichung des gemeinsamen Zweckes zu machen haben, wenn sie nicht von selbst in ihrer Bestimmtheit gegeben sind. Läßt sich der Inhalt der Förderungspflicht in keiner Weise aus dem Vertrage ermitteln, so ist der Vertrag unvollständig und deshalb nicht zustande gekommen. Andererseits wiederum kann auch nicht alles mögliche zum Inhalt einer obligatorischen Leistung gemacht werden, sondern es muß ein des Rechtsschutzes würdiges und bedürftiges Interesse vorliegen. Ob dieses vorliegt, hat in jedem einzelnen Fall der Richter zu prüfen[23]). Auf jeden Fall ist aber die Mitwirkung zur Erreichung des Gesellschaftszweckes durch bestimmte oder bestimmbare Beiträge für jeden Gesellschafter eine wesentliche vertragliche Verpflichtung, deren Abdingung das ganze gesellschaftliche Vertragsverhältnis verneinen würde.

Der Gesellschaftsvertrag begründet als Schuldverhältnis zwar gegenseitige Forderungen der Gesellschafter auf Leistungen und Beiträge zur Förderung des Gesellschaftszweckes, aber nicht solche auf Leistungen an die forderungsberechtigten Gesellschafter, sondern bei der typischen Gesellschaft des BGB gehen die gegenseitigen Ansprüche der Gesellschafter auf Leistung an die Gesellschaft, d. h. an die Gesamtheit der verbundenen Gesellschafter z. B. in das Gesellschaftsvermögen, also zu einem Vermögen für das die Gesellschaft als solche zuständig ist. Auch die übrigen vertraglich von Einzelnen übernommenen gegenseitigen Verpflichtungen zur Förderung der Erreichung des Gesellschaftszweckes gehen nicht zu Gunsten der „Uebrigen", als unmittelbaren Vertragsgegner, sondern zu Gunsten der Gesellschaft wie eines Dritten, da durch die Gesellschaft als solche d. h. durch die Verbundenheit der Gesellschaftszweck erreicht werden soll. Wir haben also im Gesellschaftsvertrag zunächst analog einen gegenseitigen Vertrag mehrerer zu Gunsten eines Dritten, insoweit

22) A. Müller, Wesen der Gesellschaft und Gemeinschaft, Diss. Leipzig 1914.
23) Knoke, Recht der Gesellschaft nach dem BGB, Jena 1901, S. 17.

wenigstens als er eine Forderung des Vertragsgegners (der „Uebrigen") auf Leistung an den Dritten (die Gesellschaft) begründet. Es ist aber auch „in Ermangelung einer besonderen Bestimmung nach den Umständen, dem Zweck" und besonders der wesentlichen Verknüpfung seines Inhalts mit dem Wesen und der Existenz der Gesellschaft nach § 328[2] BGB kein Zweifel, daß nicht nur der unmittelbare Vertragsgegner (die „Uebrigen"), sondern auch der „Dritte" d. h. die Gesellschaft dem Einzelnen gegenüber ein unmittelbar obligatorisches Forderungs r e c h t bezüglich der „Leistungen" erhält. Die beiden Forderungen stehen zueinander im Verhältnis der ungeteilten Gläubigergemeinschaft (§§ 335, 432 BGB), nicht der Gesamtforderung. Ob und wieweit die Gesamtheit der verbundenen Gesellschafter als eigenes Rechtssubjekt angesprochen werden darf und infolgedessen die obige Annahme eines Vertrags zu Gunsten eines Dritten nicht nur analog, sondern auch sensu proprio formalrechtlich möglich ist, darüber unten in den Ausführungen Seite 56 ff.[24]).

4. G e s e l l s c h a f t s v e r t r a g u n d G e s e l l s c h a f t. In welchem Verhältnis steht der Gesellschaftsvertrag zur Gesellschaft im eigentlichen Sinne? Wie ist das Abhängigkeitsverhältnis? Besteht eine innere oder nur eine äußere Abhängigkeit zwischen beiden? M. a. W. ist der Gesellschaftsvertrag im strengen Sinne unmittelbare Entstehungsursache oder nur notwendige gesetzliche Voraussetzung und Bedingung, an welche die Rechtskraft der gesetzlichen Bestimmungen geknüpft ist?

Wird durch den Gesellschaftsvertrag als individualrechtlichen Vertrag schon die Gesellschaft wirkursächlich hervorgebracht? Ist die Gesellschaft des BGB nichts anderes als ein individualrechtliches, schuldrechtliches Verhältnis, etwa nicht mehr als eine Modifikation der societas romana, dann stehen Gesellschaftsvertrag und Gesellschaft im strengen Verhältnis von Ursache und Wirkung. Denn dann ist die Gesellschaft nichts anderes als das entstandene Vertragsverhältnis. Ist aber die Voll-Gesellschaft des BGB wesentlich ein sozialrechtliches, personenrechtliches Verhältnis, steht sie durch ihren personenrechtlichen Charakter im wesentlichen Gegensatz zum individualrechtlichen, obligatorischen Gesellschaftsvertrage, dann ist eine unmittelbar wirkursächliche Verknüpfung zwischen Gesellschaftsvertrag und Gesellschaft im eigentlichen Sinne logisch unmöglich, da dann die Wirkung größer wäre als ihre Ursache. Nach unserer Auffassung, welche durch die weiteren

---

24) Siber, Schuldrecht, Leipzig 1931, S. 202, 162 f., 401.

Ausführungen gestützt werden soll, besteht ein wesentlicher Strukturunterschied zwischen Gesellschaftsvertrag und Gesellschaft, und darum vermögen wir einen wirklichen unmittelbaren Kausalnexus nicht anzuerkennen. Ein Vertrag kann formell nur ein Vertragsverpflichtungsverhältnis erzeugen, aber kein eigentliches Gesellschaftsverhältnis.

Der Wesensunterschied zwischen Gesellschaft und Gesellschaftsvertrag.

Gesellschaft im eigentlichen Sinne und Gesellschaftsvertrag sind begrifflich voneinander geschieden. Gesellschaft ist ein personenrechtlicher, Gesellschaftsvertrag ein schuldrechtlicher Begriff. Gesellschaft ist ein Rechtsverhältnis unter mehreren auf Grund unmittelbarer persönlicher Verbundenheit; Gesellschaftsvertrag ist ein Rechtsverhältnis von mehreren auf Grund von unmittelbarer Verpflichtungs- und Leistungsverknüpfung. Beide Begriffe enthalten nach ihren begrifflichen, wie rechtlichen Struktur gemeinsame Elemente, wie: eine Mehrheit von Personen und eine Einigung dieser Mehrheit, ein reales gegenseitiges Rechtsverhältnis mit dem Ziel auf einen einheitlichen Rechtserfolg, nämlich den Gesellschaftszweck. Aber trotz der Gemeinschaft dieser Elemente tragen diese doch wesentliche Verschiedenheiten:

a) Die Mehrheit der Personen.

Im Gesellschaftsvertrag stehen sich die Vielen gegenüber in scharfer Trennung und Isoliertheit, in rechtlicher Selbständigkeit, sie sind im gegenseitigen Vertragsverhältnis rechtlich selbständige Parteien.

In der Gesellschaft stehen sich die Einzelnen persönlich verbunden und abhängig gegenüber, wie Teile eines Ganzen und wie Teile zum Ganzen.

b) Die Einigung dieser Personenmehrheit.

α) Der Gesellschaftsvertrag ist in seinem Geschehen und Werden die erklärte Willenseinigung der einzelnen sich getrennt und rechtlich unabhängig gegenüberstehenden Gesellschafter über die Herbeiführung der Verpflichtung zur Gründung und Verwirklichung einer Gesellschaft und des Gesellschaftszwecks und in seinem Ergebnis ein gesellschaftliches Vertragsverhältnis.

Die Gesellschaft ist diese Einigung: in ihrem Entstehen und Geschehen eine personenrechtliche aktive Einigung und in ihrem Ergebnis die rechtswirksame zweckgerichtete, durch das aktive Sich-einigen hergestellte Personengemeinschaft.

β) Beide, Gesellschaft und Gesellschaftsvertrag, bedeuten eine gemeinsame Willensbildung, aber das Formalobjekt dieser Willensbildung ist bei Beiden wesentlich verschieden:

Die erklärte Willenseinigung des Gesellschaftsvertrages schafft nur ein neues einheitliches Rechtsverhältnis, nur eine Verpflichtung zur Gesellschaft und zu Leistung und Gegenleistung zu Gunsten der Gesellschaft und eines gemeinsamen Zweckes. Die gemeinsame Willensbildung in der Gesellschaftseinigung schafft vor allem ein neues Rechtssubjekt, einen einheitlichen allein durch die Einigung nach außen wirkenden für sich rechtserheblichen Gesamtwillen, eine eigene rechtszuständige Willensgemeinschaft.

γ) Das Formal- oder Konstitutivprinzip des Gesellschaftsvertrages ist der erklärte Wille zur gegenseitigen Gesellschaftsverpflichtung auf Leistung und Gegenleistung zu Gunsten der Gesellschaft und des Gesellschaftszweckes.

Das Konstitutivprinzip der Gesellschaft ist das persönliche unmittelbare Sich-einigen und Sich-einig sein, der aktuelle und habituelle Wille zur persönlichen Verbundenheit in Richtung auf den Gesellschaftszweck.

δ) Die spezielle formale Rücksicht, unter welcher die Einigung im Gesellschaftsvertrag zustandekommt, ist die Synallagmatik, die funktionelle Verpflichtungs- und Leistungsabhängigkeit.

Die typische formale Rücksicht, unter welcher die Gesellschaftseinigung zustandekommt, ist die gewollte persönliche Verbundenheit, m. a. W. die Willensabhängigkeit voneinander und vom Ganzen im Rahmen des Gesellschaftszwecks.

ε) Der unmittelbare Effekt der gesellschaftsvertraglichen Einigung ist die gegenseitige Verpflichtung zur Gründung und Verwirklichung der Gesellschaft oder auch das gesellschaftliche Vertragsverhältnis.

Der unmittelbare Effekt der gesellschaftlichen Einigung ist die Gesellschaft selbst, die gesellschaftliche personenrechtliche Verbundenheit.

c) Das reale Rechtsverhältnis.

α) Der Träger des durch den Gesellschaftsvertrag entstandenen obligatorischen Dauer-, Rechts- und Verpflichtungsverhältnisses bleiben die Gesellschafter isoliert in rechtlicher Selbständigkeit. Der Träger des gesellschaftlichen Rechtsverhältnisses ist unmittelbar die Gesellschaft, d. h. die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit und Abhängigkeit, m. a. W. die verbundene Gesamtheit.

β) Die für den gemeinsamen Rechtserfolg erhebliche Realität des Gesellschaftsvertragsverhältnisses liegt in der Synallagmatik,

in der funktionellen realen Abhängigkeit der gegenseitigen Verpflichtungen zu Gunsten der Gesellschaft oder des Gesellschaftszweckes mit dem Recht auf die Früchte und Vorteile der Gesellschaft, z. B. Gewinnanteil, Auseinandersetzungsguthaben usw.

Die für den gemeinsamen Rechtserfolg erhebliche Realität des Gesellschaftsverhältnisses liegt in der spezifischen persönlichen Willensverbundenheit der Gesellschafter mit Rücksicht auf den Gesellschaftszweck.

γ) Die Rechtskraft des Gesellschaftsvertragsverhältnisses liegt in der Rechtskraft des Vertrages überhaupt, in der rechtlichen Befugnis mehrerer sich selbständig gegenüberstehenden Parteien oder Gesellschafter, sich unter bestimmten Voraussetzungen, nämlich auf Grund von Leistung und Gegenleistung über einen Rechtserfolg d. h. über die Gesellschaft oder die Förderung des Gesellschaftszweckes zu verpflichten.

Die Rechtskraft des Gesellschaftsverhältnisses, der gesellschaftlichen Rechtsgemeinschaft liegt in dem Recht des Einzelnen, seine Willensmacht durch Verbundenheit, d. h. durch Abhängigkeit von dem Willen der anderen und vom Ganzen zu beschränken, sie im Rahmen des Gesellschaftszweckes nur in und durch die Verbundenheit auszuüben; sie m. a. W. auf einen Gesamtwillen zu übertragen.

δ) Die Rechtswirkung des Gesellschaftsvertragsverhältnisses geht genau so weit, als der konkrete Inhalt der Verpflichtung erkennen läßt und der Gesellschaftsvertrag unmittelbar kausal und effektiv an Leistung und Gegenleistung zum Ausdruck bringt. Sie enthält weiter notwendig nur eine gegenseitige Verpflichtung der vertragschließenden Gesellschafter nach innen und schließt eine rechtliche Wirkung Dritten gegenüber aus. Dritte können nie verpflichtet sein, einem Vertrage, an dem sie nicht teilnehmen, sich zu fügen.

Die Rechtswirkung des Gesellschaftsverhältnisses geht soweit, als der Wille der verbundenen Gesellschafter im Rahmen des Gesellschaftszweckes und zwar an sich, vorbehaltlicher gesetzlicher Einschränkungen nach innen und nach außen gegen Dritte. So z. B. sind in der Gesellschaft des BGB die Gläubiger eines Gesellschafters nicht berechtigt, auf die Anteile an den gemeinschaftlichen Aktiven zu greifen; sie müssen anerkennen, daß die gemeinschaftlichen Passiven vorrechtlich auf den Aktiven haften; und weiter: der Schuldner einer Gesellschaftsforderung kann eine Forderung, die er gegen einen Gesellschafter hat, nicht zur Verrechnung bringen usw. Die äußeren Wirkungen des Gesellschaftsverhält-

nisses können nur deshalb eintreten, weil hier Normen herrschen, die jeder, der mit der Gesellschaft in Berührung tritt, ohne weiteres anzuerkennen hat[25]).

d) Die Verwirklichung des Gesellschaftszweckes.

Der Gesellschaftsvertrag hat für die Verwirklichung des gemeinsamen Gesellschaftszwecks nur eine unmittelbare fundamentale Bedeutung, insofern er die notwendige gesetzliche Bedingung und Voraussetzung für die Herstellung der Gesellschaft und zum gesellschaftlichen Handeln als unmittelbarer Rechtserfolge in sich trägt; er ist weiter unmittelbar wirksam für das Recht der Einzelnen, für die obligatorischen Rechte, die sich aus ihm ergeben, wie Gewinnanteil usw.

Die Gesellschaft ist unmittelbar aus sich wirksam für die Verwirklichung des Gesellschaftszwecks. Die unmittelbare Kausalität für den Rechtserfolg der Gesellschaft ist ihre Selbstverwirklichung und Selbstentfaltung kraft ihrer eigenen Dynamik. Sie ist allerdings auch mittelbar wirksam für die Verwirklichung des Gesellschaftsbildungszwecks, insofern sie selbst ein Mittel ist, die Gesellschaftsgründungszwecke zu erreichen.

Zusammengefaßt gesagt liegt der Wesensunterschied zwischen Gesellschaftsvertrag und Gesellschaft darin, daß die Gesellschaft im Gegensatz zum obligatorischen, unmittelbar auf Verpflichtungs- und Leistungsabhängigkeit gegründeten Gesellschaftsvertrag ein Rechtsverhältnis personenrechtlicher Art ist, dessen obligationsrechtliche und sachenrechtliche Elemente durch die unmittelbare Verbundenheit der Subjekte als solcher eigentümlich bestimmt und gebunden werden. Diese personenrechtliche Verbundenheit schließt die Subjekte willensmäßig, d. h. zu einem einzigen einheitlichen für sich rechtswirksamen Gesamtwillen unter der Verpflichtung der Förderung eines gemeinsamen Zweckes zusammen. Die Gesellschaft ist also ein Rechtsverhältnis personenrechtlicher Art, d. h. ein Rechtsverhältnis, welches Rechtspersonen als solche unmittelbar in eine solche dauernde gegenseitige persönliche und rechtliche Beziehung setzt, so aneinander bindet, daß diese im Rahmen und in der Richtung des Gesellschaftszweckes ihre eigene Rechtszuständigkeit auf diese in sich willensmäßig ge-

25) Affolter, Zur Lehre von der Gesellschaft, Arch. f. Bürg. Recht, Bd. 35, Berlin 1910, S. 241.

einte Personenmehrheit mit spezifisch rechtlicher Wirksamkeit übertragen.

Das gesellschaftliche Band läßt zwar die Einzelpersönlichkeit als solche im Rechtssinne wesentlich unberührt, beschränkt und erweitert ihre Zuständigkeit aber durch die Begründung wechselseitiger Rechte und einer rechtlichen Zusammenfassung in eine eigene einheitliche spezifisch wirkende gemeinschafts- und vermögensrechtliche Gesamtzuständigkeit[26]).

Die Gesellschaft als personenrechtliche Gemeinschaft ist also keine begrifflich notwendige, sondern eine tatsächliche und gesetzliche Rechtsfolge des Gesellschaftsvertrages.

Der unmittelbare formelle Effekt des Gesellschaftsvertrages als solchen ist m. a. W. nicht die Gesellschaft selbst, sondern ein obligatorisches Dauerrechtsverhältnis mit obligatorischen Pflichten und Rechten. So wenig durch den obligatorischen Kaufvertrag schon das dingliche Recht des Eigentums entsteht, so wenig bringt der Gesellschaftsvertrag an sich das personenrechtliche Verhältnis der Gesellschaft hervor. Was unmittelbar formell durch den obligatorischen Gesellschaftsvertrag entsteht, ist eine obligatorisch rechtliche Verpflichtung zur Gesellschaft. Die Gesellschaft als Gesellschaft, d. h. als geschlossene personenrechtliche Verbundenheit entsteht unmittelbar durch den faktischen gemeinsamen Willenszusammenschluß der Gesellschafter zur Abhängigkeit voneinander und vom Ganzen im Rahmen und in der Richtung des Gesellschaftszwecks.

Der Gesellschaftsvertrag hat darum für die Gesellschaft zwar wesentliche präparatorische, aber nicht konstitutive Bedeutung; er ist die von der Rechtsordnung geforderte notwendige Voraussetzung und wesentliche Bedingung zur Herstellung der Gesellschaft des BGB. Seine Bedeutung liegt darin, daß einmal durch den Vertrag die Gründung und Forderung der Gesellschaft und der Inhalt der übrigen vertraglichen Regelung gesetzlich pflichtmäßig wird und zweitens, daß mit dem Abschluß und durch den Abschluß des

---

26) Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung, Berlin 1887, S. 450. Ferner: Gierke, Deutsches Privatrecht III, S. 834: „So ist die Gesellschaft ein sehr elastisches Gebilde. Die Vorschriften über den Gesellschaftsvertrag sind mit wenigen Ausnahmen nachgiebiges Recht: Einerseits sind sie einer vertragsmäßigen Abänderung fähig, kraft deren die personenrechtliche Gemeinschaft über das Regelmaß hinaus gesteigert, verfestigt und verselbständigt wird, andererseits kann der Eintritt einer personenrechtlichen Gemeinschaft ganz weg bedungen werden".

Vertrages äquivalent und virtuell als des faktischen und gesetzlichen Ausdrucks der Willensverbundenheit die Gesellschaft tatsächlich konstituiert wird. Eine Gesellschaft ohne Gesellschaftsvertrag ist keine Gesellschaft im Sinne des BGB. Aber der Gesellschaftsvertrag als solcher, d. h. als Vertrag, ist für das Zustandekommen der gesellschaftlichen typischen rechtserheblichen Verbundenheit nur gesetzliche conditio sine qua non, nicht unmittelbar schöpferische Ursache. Die Gesellschaft selbst entsteht durch den vertraglich pflichtgemäßen gemeinsamen Willen der Gesellschafter: gemeinschaftlich, d. h. in Abhängigkeit voneinander und vom Ganzen den gemeinsamen Gesellschaftszweck zu erreichen [27]).

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß es zwar keine bürgerliche Vollgesellschaft geben kann ohne einen Gesellschaftsvertrag, daß es aber wohl einen Gesellschaftsvertrag geben kann ohne eine eigentliche Gesellschaft, daß es also Gesellschaftsverträge im Sinne der §§ 705—708 BGB geben kann, welche sich in obligatorischen Verpflichtungen erschöpfen. Es hängt vom Willen der Gesellschafter bzw. vom Inhalt und Zweck des Vertrages ab, ob der gemeinsame Zweck durch eine eigentliche Gesellschaft, d. h. durch strikte personenrechtliche Verbundenheit verwirklicht werden soll oder nicht. Für die gemeinsame Ausbildung eines Tenors z. B. oder für die gemeinschaftliche Unterstützung einer armen Verwandten wird man nicht erst die Herstellung einer eigentlichen Gesellschaft erwarten und fordern, dazu dürften die rein obligatorischen Bestimmungen der §§ 705—708 genügen.

Es ist also im Einzelfall zu prüfen, ob das vorliegende gesellschaftliche Rechtsverhältnis nur ein bürgerlich-rechtlicher Gesellschaftsvertrag oder eine bürgerlich rechtliche Gesellschaft im eigentlichen Sinne ist. In der vorliegenden Arbeit handelt es sich um die Gesellschaft des BGB in ihrer gesetzlichen Vollwertigkeit. Diese ist nicht nur Gesellschaftsvertrag, sondern in ihrem Wesen Gesellschaftsverband.

## II. Der Gesellschaftszweck.

Die Theorie und Analyse des Gesellschaftsbegriffes des BGB hat ihren Ausgangspunkt einerseits in dem Wesensunterschied von Gesellschaftsvertrag und Gesellschaftsverband und andererseits in deren gegenseitigem genetischem Verhältnis. Trotz des Wesensunterschiedes beider voneinander und trotz des Fehlens einer un-

27) Affolter, Zur Lehre der Gesellschaft, Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 35. 1910, 243.

mittelbaren wirkursächlichen Beziehung zueinander stehen Gesellschaftsvertrag und Gesellschaft nicht nur in äußerlich gesetzlicher, sondern auch in innerer, logischer und realer Einheit durch die Einheit des gemeinsamen Zweckes und durch die Einheit des zweckgerichteten pflichtgemäßen gesellschaftlichen Handelns.

Gesellschaftsvertragszweck und Gesellschaftszweck fallen zusammen, sie sind identisch, so daß der Gesellschaftszweck als Rechtserfolg nicht nur abstrakt und theoretisch auf Grund eines bloßen Gesellschaftsvertrages verwirklicht erscheinen könnte, sondern auch praktisch und tatsächlich oft auf Grund eines rein obligatorischen Gesellschaftsvertrages, wie z. B. „bei gemeinsamer Ausbildung eines Tenors", „bei gemeinsamer Unterstützung eines armen Verwandten"... genügend verwirklicht wird. Es kommt eben in einfacheren Fällen nicht notwendig zur Bildung einer Organisation, eines Gesellschaftsverbandes. Die Frage ist aber hier nicht, ob ein Gesellschaftszweck theoretisch oder auch praktisch durch einen bloßen Gesellschaftsvertrag absolut erreicht werden kann, sondern ob der gesamte gesellschaftliche Tatbestand des XIV. Titels des BGB, m. a. W., ob eine Gesellschaft in ihrer gesetzlichen Vollwirklichkeit in rein obligatorischen Bindungen erschöpft wird, was in der vorliegenden Arbeit abgelehnt wird. In der Gesellschaft des BGB z. B. bei größeren Gelegenheits- und Erwerbsgesellschaften oder auch beim Grundgefüge einer OHG, wird der Gesellschaftszweck auf Grund der gesetzlichen Tatbestände durch einen eigentlichen gesellschaftlichen Verband mit einer vom Gesellschaftsvertrag wesentlich verschiedenen Struktur und mit einer eigenen Dynamik verwirklicht. Schon § 705 BGB läßt diese Möglichkeit vollkommen offen, wenn er sagt: „Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig die Erreichung eines gemeinsamen Zwecke in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern".

Wir haben es also in der Vollgesellschaft des BGB zur Verwirklichung des Gesellschaftszweckes mit einer Konkurrenz zweier Kausalreihen verschiedener Rechtssphären zu tun, einer obligationsrechtlichen und einer verbandsrechtlichen, von denen die erstere durch die letztere in der Selbstverwirklichung der Gesellschaft konsumiert wird.

Dieser durch Vertrag und Gesetz geforderte gemeinsame Zweck ist der Gesellschaft so notwendig, daß nach § 726 die Gesellschaft endigt, wenn der vereinbarte Zweck erreicht oder diese Erreichung unmöglich geworden ist. Ist der Tenor ausgebildet, ist der arme Verwandte gestorben, dann ist auch der Gesellschaftsver-

trag hinfällig. Was für den Gesellschaftsvertrag gilt, gilt selbstverständlich auch für den Gesellschaftsverband. Ist der Gesellschaftszweck erreicht oder unmöglich geworden, dann hat die Gesellschaft keinen Sinn und keine Existenzberechtigung mehr. Gesellschaften können die verschiedensten Zwecke haben, aber eine Gesellschaft ohne jeden Gemeinschaftszweck ist nicht denkbar, so wenig wie sie denkbar ist ohne ihre spezifische Natur und Differenzierung. Eine Gesellschaft „im allgemeinen" existiert nicht.

Da es sich hier um den in der spezifischen Natur der Gesellschaft begründeten Zweck handelt, ist begrifflich jeder egoistische partiarische Gesellschafter- oder Gesellschaftsbildungszweck unmittelbar ausgeschlossen. Mag sein, und es wird oft so sein, wenn nicht gar regelmäßig, daß der einzelne Gesellschafter persönliche Vorteile erhofft, aber als Gesellschafter kann er es nur durch die Gesellschaft, d. h. nur durch gesellschaftliche Tätigkeit, durch Förderung der Erreichung des Gesellschaftszweckes. Mag sein, und es wird vorkommen, daß der egoistische Gesellschafterzweck materiell mit dem Gesellschaftszweck zusammenfällt, immer aber muß das persönliche Interesse des Einzelnen sich dem Gesellschaftszweck unterordnen.

Wenn Ihering (Zweck im Recht I, 209) sagt: „Der Verkehr kennt kein Wohlwollen, alle Verträge des Verkehrs sind auf dem Egoismus aufgebaut, so auch die Sozietät, m. a. W. die Sozietät dient ihrer Verkehrsfunktion und Bestimmung gemäß nicht dem Wohlwollen, sondern dem Egoismus, die Sozietät ist ein selbstnütziges Verhältnis, wer sie eingeht, will seinen Vorteil, nicht den des anderen" ..., so kann man diese Sätze in dieser Allgemeinheit gesagt, nicht ohne weiteres hinnehmen. Begrifflich ist durch den Gesellschaftszweck und die Verpflichtung, ihn zu fördern, der Egoismus aus dem Wesen des Gesellschaftsvertrags ausgeschaltet, und es gibt auch genug Gesellschaften, getragen von solch heroischem Altruismus, daß von Selbstnützigkeit auch tatsächlich nichts übrig bleibt. Auch an diesen durchaus altruistischen Gesellschaften wäre der Begriff der Sozietät verwirklicht. Wenn die Protokolle (Prot. II, 240) sagen: „Wer eine Gesellschaft eingehe, beabsichtige *seine* Interessen zu fördern", so handelt es sich hier zunächst nicht um den Gesellschaftszweck, sondern um den Gesellschaftsbildungszweck, oder um den letzten Sozialzweck (vgl. S. 17). Keine Gesellschaft ist Selbstzweck, sondern Mittel zu einem letzten Sozialzweck, der durch die organische Verbundenheit erreicht werden soll. Grundsätzlich, *zuletzt* soll schließlich, wenigstens meistens, der erreichte Gesellschaftszweck den einzelnen Gesellschaftern zugute

kommen (RG. in J. W. 1927, 103). Nach dem Gesagten steht und fällt die Gesellschaft und der Gesellschaftsvertrag mit dem Gesellschaftszweck, nicht aber notwendig, wenigstens rein formell genommen, mit den Zwecken der Gesellschafter, mögen diese subjektiv noch so bestimmend für die Bildung und Gründung der Gesellschaft gewesen sein. Ihre Nichterfüllung mag einen wichtigen Grund zur Kündigung abgeben, sie bedeutet aber nicht die in § 726 BGB angegebene Auflösung. Erst mit der Unmöglichkeit des spezifischen Gesellschaftszwecks hat die Gesellschaft ihre Existenzberechtigung verloren.

Nach v. Thur ist eine Aenderung des Zweckes nicht als Auflösung der bisherigen und nicht als Gründung einer neuen Gesellschaft aufzufassen. Ob, wann und wie weit eine Aenderung des Zweckes eine Auflösung der Gesellschaft herbeiführt, hängt im Einzelfall davon ab, ob die Aenderung eine spezifische und wesentliche ist. Das Letztere wird zu entscheiden sein aus der Natur der Sache, aus dem Willen der Gesellschafter, d. h. aus dem Inhalt des Gesellschaftsvertrages und endgültig durch richterliches Urteil. Niemand wird leugnen, daß, wenn durch wesentliche Veränderung des Gesellschaftszweckes die Gesellschaft sich umwandeln würde in eine Gesellschaft ganz anderer Art, z. B. durch wesentliche Aenderung im Gegenstand des Unternehmens, bei voller materieller Identität der Gesellschafter, nach § 726 BGB auch juristisch eine neue Gesellschaft entsteht. Hier ändert sich mit dem wesensverschiedenen Gesellschaftszweck auch die ganze rechtliche Grundlage, der Inhalt des Vertrags und damit der Vertrag selbst.

## III. Die gesellschaftliche Tätigkeit.

Es ist kein Zweifel, daß die der Gesellschaft wesentlich notwendige Richtung auf den gemeinsamen Zweck ein wesentliches Gemeinschafts- und Einheitselement bedeutet, so sehr, daß ohne diese Richtung auf den allgemeinen gemeinsamen Zweck eine gesellschaftliche Einheit unmöglich ist. Aber diese Richtungseinheit, diese ideale, logische Einheit genügt nicht. Mit ihr entsteht wohl eine reale Verbundenheit mit dem Ziel, aber nicht mit den übrigen Gesellschaftern. Mit diesen besteht durch die gesellschaftliche Zielsetzung allein nur eine abstrakte logische Einheit, aber noch keine Gesellschaft. Eine Nordpolentdeckungsgesellschaft z. B. entsteht nicht schon dadurch, daß viele sich aufmachen, den Nordpol zu suchen. Die Gesellschaft muß eine wirkliche Zusammenfassung von

Kräften sein, um gerade durch die Zusammenfassung das zu erreichen, was eine Kraft nicht erreichen würde, eine Vereinigung von Vielen, die durch die Vereinigung das zustande bringen, was der Einzelne nicht zustandebringt. Der innere Wesensgrund des Gesellschaftlichen liegt in der realen wirksamen Vereinigung zur Erreichung des gemeinsamen Zieles. Die Gesellschafter wollen mit „vereinten Kräften" den Gesellschaftszweck erreichen. So wesensnotwendig der Gesellschaftszweck für die Gesellschaft ist, so wesensnotwendig ist die reale wirksame Vereinigung ihrer Kräfte. Die Gesellschafter müssen die objektiv gemeinsame Sache auch zu einer subjektiv gemeinsamen machen, d. h. die Gesellschafter müssen miteinander und füreinander arbeiten, sie müssen voneinander wissen, sich miteinander verabreden, beraten, ihre Pläne und Ideen einander mitteilen, sich aufeinander stützen, sich einander helfen und ergänzen usw. usw., da ja durch dieses Zusammenstehen und Zusammenwirken, durch diese Abhängigkeit und Verbundenheit die Erreichung des Zweckes erst möglich ist. In der rechtlich, d. h. durch gegenseitige Rechte und Pflichten geordneten Zusammenfassung und Einigung der Einzelnen zur Erreichung des Gesellschaftszweckes liegt das Wesen des Gesellschaftlichen im Gegensatz zum partiarischen Rechtsverhältnis. Daher die notwendige Unterstützung der Gesellschaft durch „Beiträge" (§ 705). Reines Interesse mehrerer an der Förderung des Gesellschaftszweckes reicht nicht aus. Die Gesellschaftstätigkeit ist rechtlich geordnete Förderung des Gesellschaftszweckes wesentlich durch die gegenseitige, reale Verbundenheit.

Diese reale Verbundenheit in einer Gemeinschaft kann nun ihrem kausalen Rechtsverhältnis nach eine verschiedene sein. Sie kann eine notwendige, tatsächliche und eine rein gesetzliche sein, wie bei der communio incidens und der Erbengemeinschaft. Sie kann eine freie dingliche Gemeinschaft sein, wie bei der Bruchteilgemeinschaft. Sie kann eine rein vertragliche Gemeinschaft sein wie bei der societas Romana oder wie bei einem reinen Gesellschaftsvertrag. Sie kann eine rein personenrechtliche Gemeinschaft sein wie bei der Familie. Sie kann eine vertragsrechtliche und zugleich personenrechtliche sein, wie bei der Vollgesellschaft des BGB.

Dieser Verschiedenheit der Gemeinschaftsverbundenheit entspricht auch der rechtliche Charakter der aktiven Zusammenfassung der Einzelkräfte, des „Gemeinsammachens" der gemeinsamen Angelegenheiten, der gemeinschaftlichen Tätigkeit.

Die gemeinschaftliche Tätigkeit, die rechtlich geordnete Förderung des Gesellschaftszweckes äußert sich wirksam der Hauptsache nach in positiven Beiträgen, und der rechtliche Charakter dieser Beiträge richtet sich wesentlich nach der rechtlichen Struktur der Gemeinschaften resp. nach deren Strukturprinzip. Die Vollgesellschaft des BGB trägt aber eine doppelte Struktur. Sie ist Gesellschaftsvertrag und Gesellschaftsverband und hat infolgedessen ein doppeltes Strukturprinzip. Je nach dem Prinzip wird auch die rechtliche Struktur der Tätigkeit, besonders der Beiträge, bedingt und bestimmt. Die Beiträge der Gesellschafter, welche sehr verschiedener Art sein können: Leistungen an Kapital, an Arbeitskraft, an Sachen, an Rechten und Diensten körperlicher und geistiger Art und alles das enthalten, was dazu dienen kann, den Gesellschaftszweck wirksam zu fördern und zu verwirklichen, sind auf der einen Seite eine Rechtsfolge aus dem Gesellschaftsvertrag. Gesellschaftliche Beitragspflicht und das Recht auf diese Beiträge des Einzelnen sind eine rechtliche Beziehung zu den einzelnen Gesellschaftern als Gläubigern bzw. Schuldnern. Infolgedessen besteht ein obligatorischer Anspruch aus dem Gesellschaftsvertrag und eine Befugnis des einzelnen Gesellschafters im Wege der „actio pro socio" die Erfüllung der Beitragspflicht von seinen Mitgesellschaftern zu verlangen. Jeder Gesellschafter ist legitimiert, die Ansprüche gegen die Mitgesellschafter geltend zu machen, und zwar auch dann, wenn er nicht oder nicht allein zur Vertretung der Gesellschaft berufen ist[28]).

Auf der anderen Seite ist die Gesellschaft des BGB ein personenrechtliches Verhältnis, ein Verband mit eigenem Strukturprinzip. Infolgedessen tragen die Beiträge wie die ganze gesellschaftliche Tätigkeit zur Förderung und Verwirklichung des Gesellschaftszweckes auch personenrechtlichen, verbandsrechtlichen Charakter. Denn die spezifische Ordnung und Zusammenfassung dieser Einzelkräfte und Mittel im subjektiven Sinne ist Wesen des Gesellschaftsverbandes selbst, innere Wesensbeziehung zur Gesellschaft, ja ihr Konstitutivprinzip selbst als Personenverbundenheit, die eben nur in und durch reale Verbundenheit den gemeinsamen Zweck erreichen kann und will. Da ohne irgend welche „Beiträge", im weitesten Sinne wenigstens, die Gesellschaft ihren Zweck nicht erreichen kann, und überhaupt nicht bestehen kann, fällt die gesellschaftliche Tätigkeit in die Dynamik des Gesellschaftsverbandes als solcher und zwar in die immanente Selbstverwirklichung der Gesell-

28) RG 90, 300; Seuff. Arch. 81, Nr. 27; Geiler I, a. a. O., Anm. 84, 105.

schaft. Die Erfüllung der Beitragspflicht ist daher nicht nur individualrechtliche Schuldverpflichtung des einzelnen Gesellschafters gegen die „Uebrigen", sondern eine Verbundenheits-, eine Verbandspflicht gegen die Gesellschaft als solche: Verpflichtung aus der Gemeinschaft an die Gemeinschaft, deren Glied der Einzelne ist, und das Recht auf die „Beiträge" ist ein verbandsrechtlicher Anspruch [29]).

Wer also als Gesellschafter, wie die späteren Ausführungen noch des näheren erörtern, die Förderung des Gesellschaftszweckes, sei es positiv, sei es negativ, vernachlässigt, handelt nicht nur gegen die vertragliche Verpflichtung des Gesellschaftsvertrags, sondern er handelt gegen das Wesen der Gesellschaft selbst und verleugnet seine Stellung als Gesellschafter. Gesellschaftliches Handeln ist nicht nur vertragliche Leistungspflicht, sondern auch wesentliche Berufspflicht wie die Staatsbürgerpflicht für den Staatsbürger. Gesellschaft, gesellschaftliches Handeln und Gesellschaftszweck sind wesentliche Korrelate und voneinander nicht zu trennen. Eine Gesellschaft ohne jedes gesellschaftliches Handeln ist in concreto ebenso ein Widerspruch wie eine Gesellschaft ohne Gesellschaftszweck. Ein solches Rechtsverhältnis ist undenkbar. Mag das Maß der gesellschaftlichen Rechte und Pflichten bei den einzelnen Gesellschaftsverhältnissen im einzelnen Schwankungen unterworfen und der freien Vereinbarung ein großer Spielraum gelassen sein, der Charakter der gesellschaftlichen realen Verbundenheit ist nicht aus den Bestimmungen des BGB abzudingen, die Gesellschaft würde sich selbst in ihrem Wesen verneinen.

---

29) Geiler I, a. a. O., Anm. 84, 104.

II. Teil.

# Der Gesellschaftsverband im Gesellschaftsrecht des BGB.

## *A. Die verbandsrechtliche Struktur der Gesellschaft des BGB.*

Fragestellung.

Die Rechtssprache verwendet den Ausdruck „Gesellschaft" in dreifacher Bedeutung:

Einmal versteht sie unter Gesellschaft einen bestimmten vertraglichen Tatbestand, den Gesellschaftsvertrag oder das durch den Abschluß des Gründungsvertrages geschaffene Vertragsverhältnis.

Zweitens versteht sie unter Gesellschaft das durch den Vertrag zwischen den Beteiligten irgendwie begründete oder veranlaßte Gesellschaftsverhältnis.

Drittens versteht sie unter Gesellschaft die Gesellschafter selbst in ihrer jeweiligen Verbundenheit, also als Personenverband [30]).

Nach den bisherigen Feststellungen besteht ein grundsätzlicher und wesentlicher Unterschied zwischen dem Gesellschaftsvertragsverhältnis und dem Gesellschaftsverhältnis. Die Frage ist: Wie wirkt sich der wesentliche Unterschied zwischen Gesellschaftsvertrag und Gesellschaft nach den gesetzlichen Tatbeständen im einzelnen aus? Die Gesellschaft des BGB in ihrer vollendeten Wirklichkeit hat den Gesellschaftsvertrag zur notwendigen Voraussetzung. Dieser Vertrag an sich bewirkt nur ein Vertragsverhältnis, einen obligatorischen Dauerzustand. Die Frage ist, ob nach den gesetzlichen Tatbeständen dieses entstandene Vertragsverhältnis

30) Wieland I, a. a. O. 452.

das ganze Gesellschaftsverhältnis rechtlich erschöpft, m. a. W.: wird die Gesellschaft des BGB in ihrer vollendeten Wirklichkeit und Tätigkeit nach ihrer Struktur wie nach ihrer Dynamik als bestehendes Rechtsverhältnis durch die im Gesellschaftsvertrag eingegangenen obligatorischen Verpflichtungen formell und total erklärt und gedeckt oder ist außer diesem obligatorischen Vertragsverhältnis ein typisches rechtserhebliches Verbundenheitsverhältnis, m. a. W. ein verbandsrechtliches Verhältnis eigener Art gegeben, und welche gesetzlichen Tatbestände kommen dafür in Frage?

Danach steht in den folgenden Ausführungen zunächst die Frage im Vordergrund nach dem Wesen des Verbandsrechtlichen.

## I. Der Begriff des Verbandsrechtlichen.

Das Wesen des Gesellschafts-„Verbandes" liegt nach den bisherigen Ausführungen in der zweckbezogenen realen Verbundenheit bzw. Abhängigkeit der Gesellschafter untereinander und in der wirksamen Gebundenheit an die Gesamtheit. Durch dieses reale Verbunden- und Gebundensein hebt sich die Gesellschaft aus einer bloßen Summierung von Individuen heraus in eine überindividuelle Sphäre, in eine Gemeinsphäre, die ihrer Struktur und Dynamik nach spezifischer Art ist. Die Frage ist, ob durch die gegenseitige reale Verbundenheit und Gebundenheit, wodurch eine eigenartige Struktur geschaffen wird, auch eine eigene Rechtserheblichkeit entsteht, ob die Verbundenheit sich nach den gesetzlichen Tatbeständen auswirkt in einem überindividuellen Recht, d. h. in Rechten und Pflichten, die wesentlich bestimmt sind von dieser Verbundenheit.

a) Das Individualrecht, spez. das Schuldrecht ist in erster Linie charakterisiert durch die Wahrung der strikten „Alteritas" im gegenseitigen Rechtsverhältnis. Das Schuldrecht hat als Grundverhältnis die Leistung an einen „Andern" und hat zur Voraussetzung unmittelbare Erzwingbarkeit und beim Tauschrecht eine gewisse Aequalitas der Leistung. Es ordnet das Verhältnis des Einzelnen zum Einzelnen, von Person zu Person. Das Entscheidende ist die rechtliche Isoliertheit der unabhängig sich gegenüberstehenden Parteien im Handeln.

Beim Sozial- oder besser Verbandsrecht ist diese strikte „Alteritas", diese Getrenntheit durch die Verbundenheit der Gesellschafter aufgehoben. Die Einzelnen stehen einander nicht singulär (separatim) gegenüber, sondern verbunden wie Teile, wie Glieder zum Ganzen (conjunctim). Der Teil gehört als Teil dem Ganzen, und das Wohl und der Zweck des Teiles ist als solcher unmittelbar hingeordnet auf das Wohl und den Zweck des Ganzen. Das Entscheidende ist die zweckgerichtete rechtliche Verbundenheit der abhängig voneinander stehenden Einzelnen im Handeln.

b) Der individualschuldrechtliche Typus liegt darin, daß es sich um einen unmittelbar erzwingbaren meistens geldwerten Anspruch handelt, daß die Leistungspflicht eines Individuums gegenüber einem coordinierten anderen Individuum sich stets in eine geldwerte Leistung umsetzen lassen kann.

Der sozialrechtliche Typus liegt darin, daß bei Nichterfüllung die betreffenden Verpflichtung sich nur in und durch den Verband herbeiführen läßt, daß die Nichterfüllung der Mitgliedschaftspflichten z. B. unmittelbar die Sanktion der Verbundenheit auslöst; denn die Leistungspflicht der Einordnung und Unterordnung des Einzelwillens unter den Gemeinschaftswillen läßt sich nicht in Geldwert umsetzen[31]).

Was aber fällt innerhalb des gesellschaftlichen Verbandes in den Bereich und Begriff des Verbandsrechtlichen im strikten Sinne? Nicht alles kann schon deshalb verbandsrechtlich sein, weil es irgendwie in den Bereich der Gesellschaft fällt, oder weil es für gesellschaftliche Zwecke geschieht. Gierke unterscheidet drei Gruppen von Verhältnissen im Bereich eines genossenschaftlichen Verbandes:

1. Das Gebiet des reinen Individualrechts, bei dem der „organische" Zusammenhang der Subjekte ignoriert wird.

2. Das Gebiet des reinen Sozialrechts, auf welchem der „organische" Zusammenhang wesentlich bestimmend ist.

3. Das Gebiet der Verflechtung von Individualrecht und Sozialrecht, bei dem der „organische" Zusammenhang der Subjekte teils als erheblich, teils als unerheblich gesetzt wird.

Die einzelnen Kategorien nach ihrer Struktur:

a) Eine Rechtsbeziehung innerhalb des gesellschaftlichen Verbandes hat sicher dann im strikten Sinne Verbandscharakter, wenn die Verbundenheit der Gesellschafter sie in ihrer Rechtserheblichkeit innerlich und wesentlich bestimmt. Es gibt gesellschaftliche

31) H. Preuß, Iher. Jahrb. 1902, 470.

Rechte und Pflichten, die ihrem inneren Prinzip und ihrer Natur nach eine verbandsrechtliche Struktur haben und als rein verbandsrechtliche Tatbestände angesprochen werden müssen, z. B. die Mitgliedschaft.

b) Es gibt gesellschaftliche Beziehungen, die ihrer Natur nach individualrechtlich sind, die nur äußerlich, aber doch notwendig von der Gesellschaft vorausgesetzt werden und mit ihr so notwendig verknüpft sind, daß ohne sie die Existenz der Gesellschaft im gesetzlichen Sinne nicht gegeben ist. Z. B. der Gesellschaftsvertrag.

c) Es gibt gesellschaftliche Beziehungen, die ihrem inneren Prinzip nach rein individualrechtlicher oder gesetzlicher Natur sein können, die nur deshalb in die Gesellschaftssphäre fallen, weil sie der Förderung des Gesellschaftszweckes dienen. Z. B. vertraglich oder aus freier Entschließung festgelegte Beiträge, geschäftliche Abschlüsse usw.; jeder so entstehende Zuwachs, jede werterhöhende Arbeitsleistung ist für den Gesellschafter Mittel zur Erreichung des gemeinsamen Zieles. Es können z. B. selbständige individualrechtliche Geschäftstypen in den Inhalt des Gesellschaftsvertrages aufgenommen werden, z. B. die Gesellschafter verpflichten sich durch Vorvertrag, künftighin Kauf- und Mietverträge mit der Gesellschaft einzugehen, ihre gesamte Produktion gewisser Güter der Gesellschaft zu überlassen. Ebenso können fertige Kauf- oder Mietverträge dem Gesellschaftsvertrag als integrierende Bestandteile einverleibt werden. Ein Gesellschafter kann ferner durch den Gesellschaftsvertrag zur Uebernahme von Bürgschaften oder zur Bestellung von Pfandrechten verpflichtet werden[32]).

d) Es kann weiterhin gesellschaftliche Beziehungen geben, an sich rein individualrechtlicher Natur, welche zu ihrer Existenz den Gesellschaftsverband als notwendige Voraussetzungen haben, z. B. es werden den Gesellschaftern für ihre Einlagen oder für ad usum eingebrachte Gegenstände Zinsen eingebracht, oder dem Geschäftsführer der Gesellschaft vertraglich Honorare zugesichert.

e) Zuletzt gibt es gesellschaftliche Beziehungen, die sowohl individualrechtlicher wie sozialrechtlicher Natur sein können, je nach dem kausalen Verhältnis, unter dem sie rechtlich entspringen oder betrachtet werden. Es kann z. B. innerlich verbandsrechtliche Pflichten geben, welche außerdem durch den Gesellschaftsvertrag noch eigens gesichert sein können, z. B. die Beitragspflicht.

Gewiß ist, daß das Individualrecht vom Verbandsrecht durch eine unüberbrückbare Kluft geschieden ist, und daß das Individual-

---

32) Wieland, I, a. a. O., S. 839.

recht begrifflich das Sozial- und spez. das Verbandsrecht ausschließt. Auf der andern Seite kann aber das Sozialrecht, wie Gierke sagt, wohl individualrechtliche Bestandteile in sich schließen; denn das Sozialrecht kann als ein Reich höherer Ordnung in mannigfacher Weise die in dem Reiche niederer Ordnung abgeschlossenen Bildungen reproduzieren; es kann aber mit keinem seiner spezifischen Elemente in das Individualrecht eingehen, ohne diesem den Charakter des Individualrechts zu nehmen und es in Sozialrecht zu verwandeln. Wo immer sozialrechtliche und individualrechtliche Elemente zum Ganzen vereint sind, handelt es sich nicht um eine mechanische Mischung, deren Produkt hierher oder dorthin fallen kann, sondern um eine organische Verbindung, in welcher das Ungleichartige ungleichartig und in seiner Rangverschiedenheit gewahrt bleibt[33]).

Aus diesem Hinüberspielen des Individualrechtlichen in die Sphäre des Sozialrechtlichen ergibt sich die Notwendigkeit, den Begriff des Verbandsrechtlichen in striktem Sinne in seiner Unterscheidung vom Sozialrechtlichen im weiteren Sinne mit möglichster Eindeutigkeit zu bestimmen:

Verbandsrechtlich in striktem Sinne ist das, dessen rechtliche Struktur und Dynamik sich nur aus der qualifizierten realen Verbundenheit der einzelnen Gesellschafter zueinander und zur verbundenen Gesamtheit als einem inneren notwendigen Prinzip ergibt. Was das Verbundenheitsverhältnis angeht, so scheiden die beiden äußeren Prinzipien, das rein individualrechtliche Vertragsprinzip und das rein logische Zweckeinheitsprinzip, aus. So notwendig der Gesellschaftsvertrag für die Existenz der Gesellschaft sein mag, und so begriffsnotwendig der gemeinschaftliche Gesellschaftszweck, und so wesentlich für die Gesellschaft die Richtung auf diesen Zweck ist, Vertrag und Gesellschaftszweck sind für sich genommen nicht konstitutive Elemento der Gesellschaft; der Gesellschaftsvertrag ist tatsächlich und der Gesellschaftszweck wenigstens logisch früher als die Gesellschaft. Hier handelt es sich um das Wesensprinzip der Gesellschaft, um die innere reale Verbundenheit.

Diese Verbundenheit ist eine im wesentlichen dreifache, und als solche kann sie sich begriffswesentlich in dreifacher Weise rechtserheblich auswirken:

---

33) Gierke, Gen. Theorie, a. a. O., S. 340.

1. Die innere Verbundenheit der Gesellschafter untereinander; sie wirkt sich aus im Mitgliedschaftsrecht. Die Mitgliedschaft empfängt durch die rechtliche Abgrenzung vom Individualbereich einen eigenen Rechtscharakter, einen aus Rechten und Pflichten eigenen Inhalt und die Voraussetzungen zu einem besonders gearteten Rechtsverhältnis.

2. Die Gebundenheit der Einzelnen an die Gesamtheit wirkt sich aus in einem eigentlichen Organisationsrecht, in einem Rechtsverhältnis der Ueber-, Unter- und Einordnung.

3. Die Gebundenheit der Gesamtheit an den Einzelnen, an ihren Personenbestand und auch Vermögensbestand wirkt sich aus in einem Selbstbehauptungs- und Selbsterhaltungsrecht, d. h. in einem eigenen Bestandsrecht, sei es gemeinschaftsrechtlicher, sei es vermögensrechtlicher Natur.

Nicht als begriffsnotwendige Folge wirkt sich 4. die Verbundenheit der Gesellschafter als eigenes Rechtssubjekt mit der Fähigkeit zu einem eigenen Gesellschaftsvermögen aus in einem eigenen Gesellschaftsvermögensrecht[34]).

---

34) Unter das Verbandsrecht fällt nach Gierke z. B. alles, was die Organisation bestimmt, vermöge deren die zum Ganzen verbundenen Elemente eine Einheit bilden.
Durch die zweckbezogene geistige und willensmäßige und zugleich gesetzlich geregelte Verbundenheit sind nach Gierke die Willensvorgänge innerhalb eines Gesellschaftsverbandes in allen ihren Stadien, vom Entschluß und Beschluß bis zur Umsetzung in die Tat, verbandsrechtlicher Natur. Was es an Rechtssätzen gibt, über Beratung, Abstimmung, Beschlußfassung, über die Einigung gemeinschaftlich berufener Organe, über Kundmachung und Ausführung von Beschlüssen, das ist nicht mehr Individualrecht. Hier versagt nach ihm der Begriff des Vertrages, bei dem sich gesonderte, strikt getrennte Subjekte über einen gemeinschaftlichen Willensinhalt einigen, den sie als bindende Richtschnur ihres Verhaltens setzen. Hier ist alle Vereinbarung nur Bildung eines einheitlichen Gemeinwillens, selbst aus den dazu berufenen Teilwillen, alle Entscheidung von Meinungskämpfen nur Durchsetzung der Willenseinheit des Ganzen . . . (Einheit im Subjekt.)
Innerhalb eines Gesellschaftsverbandes steht der Einzelne als Gesellschafter nicht als isoliertes Individuum den Uebrigen und der Gesamtheit gegenüber. Darum sind auch die Rechtsbeziehungen nicht individualrechtlicher, sondern verbandlicher Art. Wir haben weder das Grundverhältnis der strikten Isoliertheit und „Alteritas", noch das Prinzip der sich ausschließenden Interessen wie in den partiarischen Verträgen, sondern das Prinzip einer inneren zweckgerichteten Gliedverbundenheit und darum einer Art organischer Immanenz, das immer wieder in den Verband einströmende und zurückströmende Wollen und Handeln in das bonum totius, in das Gesamtwohl. Alle rechtlichen Beziehungen und Handlungen der einzelnen Glieder tragen wesentlich diesen Charakter, sowohl untereinander als in ihrem Verhältnis zur Gesamt-

## II. Die Rechtseinheit des Gesellschaftsverbandes.

### Die Verbandseinheit als reale Rechtseinheit.

„Jede Art der Gesellschaft" sagt Wundt, „von der losesten, zu einem bestimmten einzelnen Zweck entstandenen Assoziation an bis zu dem alle wichtigeren Lebensgebiete umfassenden Stammes- und Staatsverband, vereinigt in sich die logischen Momente der Einheit und des Zusammenhanges". Das erstere nennt Wundt ein formales Element, das zweite ein reales. Denn das erstere bezieht sich nur auf die logische Verbindung eines ganzen, ohne Rücksicht auf die Existenz irgend welcher Inhaltsmerkmale, durch die eine solche Verbindung zustandekommt. Das zweite dagegen entspringe unmittelbar aus den Beziehungen, die die Bestandteile eines Ganzen vermöge ihrer inneren Eigenschaft darbieten. Wundt bestätigt damit den Unterschied und die Notwendigkeit der oben behandelten Ideal- und Realeinheit, und seine Ausführungen gehen dahin, daß zur Erkenntnis des Gesellschaftsbegriffes beiden Elementen Rechnung getragen werden müsse. Der leitende Grundsatz, der sich mit zwingender Notwendigkeit Geltung erringt, ist der, daß die Gesamtheit nicht lediglich um der Zwecke der einzelnen, sondern um eines Gesamtzweckes willen bestehe.

„So ist", meint Wundt, „ebensowohl der Einzelne ein Werkzeug zur Vollbringung der Gemeinschaftszwecke, wie die Gemeinschaft für den Einzelnen ein Hilfsmittel zur Erreichung seiner Lebenszwecke ist. Eine solche Wechselbeziehung ist nur möglich, wenn die Gesellschaft nicht bloß eine formale Einheit, sondern wie die einzelne Persönlichkeit selbst, zugleich ein reales Ganze von selbständigem Werte ist. Zugleich hängt aber allerdings der Grad und Wert dieser Realität von der Beschaffenheit und dem Umfang der Gemeinschaftszwecke ab, nach denen auch das Wechselverhältnis individueller und gemeinsamer Zwecke selbst sich bestimmt. Je beschränkter diese, um so mehr tritt die Gesellschaft ganz in den Dienst der Einzelnen, die sie zusammensetzen; je umfassender und

---

heit und umgekehrt, wie z. B. die Rechte auf Anteil an Einrichtungen und Gütern des Verbandes, Rechte auf Mitbildung des Gemeinwillens, wie Stimmenrecht und Rechte auf eine besondere Glied- oder Führerstellung . . . Alle derartigen Rechtsverhältnisse haben eine völlig andere rechtliche Struktur als die Rechtsverhältnisse des Individualrechts, die zwischen denselben Subjekten als Trägern freier Sonderbereiche bestehen können . . . Werden individualrechtliche Verhältnisse in den verbandsrechtlichen Zusammenhang verwoben, so erfahren sie eine spezifische Umbildung, aus der eigenartige Formen des Eigentums, der dinglichen Rechte, der Schuldverhältnisse hervorgehen (v. Gierke, Wesen der menschlichen Verbände, Rektoratsr. Berlin 1902, S. 25 ff.).

dauernder, um so mehr wird die individuelle Persönlichkeit Organ der selbständigen Zwecke des Ganzen [35]).

Damit ist das Problem der kommenden Ausführungen aufgerollt, nämlich die Frage nach der Verbandseinheit und nach der verbandsrechtlichen Struktur und Dynamik der Gesellschaft des BGB.

Unsere These lautet: Die Gesellschaft des BGB ist keine bloße Summe von Einzelpersonen; sie ist nicht nur ein individualrechtliches Vertragsverhältnis, sondern sie ist in ihrer vollendeten Wirklichkeit nach den gesetzlichen Tatbeständen in ihrem Wesen eine durch das innere Band der gesellschaftlichen Willenseinigung und durch das äußere Band des Gesellschaftszwecks vollzogene gesetzlich geordnete Zusammenfassung von persönlichen Einzelkräften zu einer Verbandseinheit, deren eigene rechtserhebliche Realität sich dahin auswirkt, daß sie ihren Gliedern als einheitliches Ganze gegenübertritt und ohne juristische Person zu sein, nach innen und nach außen Trägerin von spezifisch verbandsrechtlichen Wirkungen sein kann.

Schon unsere Ausführungen über die real wirksame Zweckeinheit ergaben klar, daß die Gesellschaft des BGB auf Grund der gesetzlichen Tatbestände kein rein individualrechtliches Gebilde ist, sondern um mit Gierke zu sagen, auf der rechtlichen Ordnung eines Zusammenhanges beruht, der das Für-sich-sein im Bereich des gesellschaftlichen Handelns aufhebt und durch Verbundenheit ersetzt. Diese Verbundenheit der Einzelnen zu einer Gesellschaft bedingt im Gegensatz zur Realität der individualrechtlichen Vertragsbeziehung eine neue Realität, etwas Neues, was unabhängig von unserer Vorstellung und unserem Erkennen Geltung hat und Beziehungen schafft, die rechtlich Geltung und rechtlich funktionelle Bedeutung haben können, also objektiv reale, spezifisch rechtliche Beziehungen und Wirkungen.

„Nur ein praktischer Materialismus" sagt Wundt, „dem das geistige Leben mit den körperlichen Funktionen des Einzelmenschen untrennbar verwachsen scheint, kann die Realität dieser komplexen Willenseinheiten leugnen. Wo überhaupt ein gemeinsames

35) Wundt, Logik II, 595, 601.

Wollen sich regt, da hat dieses nicht weniger Realität als das Einzelwollen selbst. Denn alle Realität des Einzelwillens besteht darin, daß der Einzelne ihm eigene Willensakte erzeugt, die aus der Koinzidenz des Wollens vieler Einzelner hervorgehen. Darin liegt allerdings ein wesentlicher Unterschied, daß es ein individuelles Wollen geben kann, das außerhalb eines jeden Gesamtwillens steht; daß aber alles gemeinsame Wollen zugleich individuelles Wollen ist, weil überhaupt jedes geistige Gesamtleben nur in den Einzelgeistern Wirklichkeit hat, die an ihm teilnehmen und außer derselben nicht existiert“ [36]).

Auch vom Standpunkte Wundt'scher Aktualitätstheorie wird man sich nicht in der Wertung der funktionellen Bedeutung des „Verbandswillen“ mit der Realität der vielen Einzelwillen und ihrer Koinzidenz begnügen können. Die Realität des Gesamtwillens erschöpft sich nicht mit der Realität der Einzelwillen. Zu der Summe der Einzelwillen tritt das reale Element der Verbundenheit der Glieder untereinander und mit dem Ganzen. Gewiß ist alles gemeinsame Wollen eines Gesellschaftsverbandes zugleich individuelles Wollen, insofern es das Einzelwollen enthält, aber es enthält das Einzelwollen nicht in seiner typischen Isoliertheit, sondern spezifiziert und qualifiziert durch die reale Rücksicht und Beziehung der Verbundenheit, der Einordnung und Unterordnung unter die Zwecke und Interessen des Ganzen. Erst das ist der spezifische Verbandswille mit der ihm eigenen Realität.

Realität hat nicht bloß das, was sinnlich greifbar ist. Realität haben auch nicht bloß substantielle Wesen und Dinge, sondern auch ihre Eigenschaften, auch die objektiv gültigen Beziehungen der Dinge untereinander, z. B. die physikalischen Gesetze, auch die Rechtsordnung, auch das Rechtsverhältnis einer Gesellschaft, auch das Verbundensein eines Verbandes.

Die Verbandseinheit entsteht nicht wie K. Bloch [37]) meint, nur durch „logische Synthese“. Was nur durch logische Synthese entsteht, ist eine rein gedankliche Konstruktion, eine rein psychische Realität, eine gedankliche Realität und hat mit der außergedanklichen objektiven Wirklichkeit als solcher nichts zu tun. Einheitsbegriff und Einheit ist nicht dasselbe. Gewiß die Verbandseinheit ist keine physische Einheit, sondern eine Einheit des Erkennens,

36) Wundt, System der Philosophie, 2 A. 391.
37) K. Bloch, Ueber Organschaft und die rechtliche Stellung der sog. Verbandsorgane, Diss. Leipzig 1904.

Wollens, Strebens und zweckbezogenen Zusammenarbeitens auf Grund des Verbandswillens, sie ist eine durch den Gemeinschaftswillen rechtlich wirksame zweckbezogene Zusammenfassung vieler Einzelpersonen auf Grund der Rechtsordnung, m. a. W. auf Grund eines Rechtsverhältnisses. Ob daher die Verbandseinheit eigene objektive spezifische rechtserhebliche Realität besitzt, hängt davon ab, ob das Rechtsverhältnis des Gesellschaftsverbandes nur eine logische Synthese ist oder nicht. Da das Rechtsverhältnis eine Beziehung ist, eine Beziehung zwischen Recht und Pflicht in der Rechtsordnung, gliedert sich das Problem in folgende Fragen:

1. Gibt es überhaupt reale Beziehungen und welches ist diese Realität?
2. Gibt es reale Rechtsbeziehungen?
3. Ist das Rechtsverhältnis des Gesellschaftlichen Verbandes eine spezifisch rechtserheblich wirkende Realität?

1. Gibt es reale Beziehungen?, d. h. Beziehungen, die unabhängig von Vorstellung und Denken objektiv gegeben sind?

Eine Beziehung oder ein Verhältnis ist die Ordnung, wonach ein Ding sich zum anderen verhält. In der Beziehung sind drei Elemente zu unterscheiden: a) das Bezogene oder das Subjekt der Beziehung (relatum); b) der Terminus der Beziehung (Correlatum) und c) das Fundament, die Tatsache, auf Grund deren das eine sich auf das andere bezieht. Z. B. in der Beziehung der Causalität, der Beziehung also, welche die Ursache zur Wirkung hat, ist das Verursachende das Subjekt, das Gewirkte, der Effekt der Terminus, die Tätigkeit, durch welche die Ursache die Wirkung hervorbringt, das Fundament der Beziehung. Sind bei einer Beziehung alle drei Elemente real, und ist dazu der Terminus verschieden vom Subjekt, so haben wir eine reale Beziehung, welche in den Dingen selbst liegt, unabhängig von jeder Denktätigkeit. Sonst wären ja Beziehungen von Ursache und Wirkung, von Vater und Sohn, der Aehnlichkeit zweier Dinge reine Hirngespinste. Selbstverständlich gibt es auch rein logische Beziehungen, die nur durch die Abstraktionsfähigkeit des Verstandes entstehen, wie die Beziehung von Subjekt und Prädikat, zwischen Genus und Differentia spezifica, die Identität eines Dinges mit sich selbst, da die zwei Korrelate nicht real unterschieden sind; hier wird nichts und geht nichts verloren.

Was ist nun diese Realität, um welche in der Literatur soviel gestritten wird? Es könnte scheinen, daß alle Beziehungen nur logische seien, denn Beziehungen als solche, wie Ursächlichkeit,

Aehnlichkeit, Abhängigkeit, Verbundenheit können nicht existieren, sondern alles, was existiert, ist absolut. Aber erstens wird man den wesentlichen Unterschied zwischen Beziehungen, deren Subjekt, Terminus und Fundament in den existierenden oder wirklichen Dingen liegen, wie bei Ursache und Wirkung und als real fundiert vom denkenden Geiste anerkannt werden, und Beziehungen, welche nur in geistigen Begriffen und Abstraktionen liegen, wo die Beziehung ganz vom denkenden Geist geschaffen wird, zugeben müssen.

Zweitens wird man den Unterschied zwischen Realität, Tatsächlichkeit auf der einen Seite und physischer Existenz auf der anderen Seite zugeben müssen. Nicht alles Reale, Tatsächliche hat physische Existenz. Das Kontradiktionsprinzip existiert nicht physisch, und doch hat es seine urelementare Tatsächlichkeit, der Gegensatz von Sein und Nichtsein, von Haben und Nichthaben ist von aller fühlbaren Realität. Das Verhältnis von Vater und Kind existiert nicht physisch, aber es hat eine Realität mit den allerrealsten Folgen. Die Gesetze der Mathematik und Physik haben keine Existenz, aber sie haben Realität, reale Gültigkeit. Was würde geschehen, wenn das Einmaleins nur eine logische Synthese wäre? Also es gibt Wirklichkeit, Realität, eine wirkliche Ordnung ohne physische Existenz, die unabhängig von unserem Geiste Geltung hat und als wirklich anerkannt wird.

2. Gibt es reale Rechtsverhältnisse? Recht im subjektiven Sinne bedeutet ein gesetzlich gewährleistetes Können und Dürfen, eine Art Macht auf irgend etwas. Recht ist die gesetzliche Befugnis, irgend etwas als das Seinige für sich in Anspruch zu nehmen oder zu fordern. Da dem Rechte des einen immer von Seiten des anderen eine Rechtspflicht entspricht, so entsteht ein Rechtsverhältnis. Ein Rechtsverhältnis ist die funktionelle Beziehung von Recht und Pflicht unter den Rechtssubjekten. Auch im Rechtsverhältnis lassen sich, wie in jedem Verhältnis, unterscheiden:

1. Das Subjekt, Träger des Rechts ist derjenige, der ein Recht besitzt;
2. der Terminus ist die Person, welche die dem Recht entsprechende Rechtspflicht hat;
3. das Fundament ist der Rechtstitel, der gesetzliche Tatbestand, auf den sich das Recht stützt; man kann noch
4. das Rechtsobjekt nennen, als das, worauf sich das Recht erstreckt.

Im Rechtstitel sind wieder zwei Momente zu unterscheiden:

a) Die Tatsache, kraft deren jemand etwas als das Seinige, d. h. als zu seiner ausschließlichen Verfügung bestimmt bezeichnen kann, z. B. bei einem Kauf der Kaufvertrag.

b) Die Gesetzlichkeit. Der Kaufvertrag ist nur eine bloße Tatsache, die nicht aus sich allein, sondern nur durch die Rechtsordnung ein wahres Recht begründen kann. Darum muß der Rechtstitel notwendig das Gesetz einschließen. Hier ist alles real, Subjekt, Terminus, Objekt, die Tatsache des Kaufvertrages und des Gesetzes, darum ist das Verhältnis von Käufer und Verkäufer beim Kaufvertrag auf Grund des gesetzlichen Tatbestandes ein tatsächliches, m. a. W. reales [38]).

3. Hat die Gesellschaft des BGB als Verbandseinheit eine eigene vom Gesellschaftsvertragsverhältnis unterschiedene und geschiedene rechtserhebliche Realität?

Es ist keine Frage, daß der Gesellschaftsvertrag ein reales schuldrechtliches Verhältnis, ein Vertragsverhältnis, mit eigenen rechtserheblichen Wirkungen erzeugt. Die Frage ist hier, wird mit diesem individualrechtlichen Vertragsverhältnis das Gesellschaftsverhältnis erschöpft oder tritt durch die Willens- und Kräfteeinigung, welcher der Gesellschaftsvertrag als Verpflichtung von den Beteiligten fordert, ein neues, reales, überindividualrechtliches Prinzip, ein Verbundenheitsprinzip mit eigenen rechtserheblichen Wirkungen ein, welches aus der materiellen Vielheit der Gesellschafter eine Verbandseinheit erstehen läßt mit eigener rechtlicher Struktur und Dynamik, ja als eigenes Rechtssubjekt und eigenen Rechtsträger, nicht zwar als juristische Person, aber doch in qualifizierter Weise als Träger von Rechten? Diese eigene Rechtssubjektivität zeigt sich nach den gesetzlichen Regelungen sowohl in gemeinschaftsrechtlicher wie in vermögensrechtlicher Beziehung.

B. Die gesetzlichen Regelungen für die Existenz des Gesellschaftsverbandes als reale Rechtseinheit (vgl. Hölder, Natürliche und jur. Personen, 269 ff.).

1. Die Gesellschaft des BGB in ihrer vollendeten Wirklichkeit hat zweifellos eine gewisse Autonomie, d. h. die Möglichkeit, sich vertraglich zu binden, sich Gesetze, ihre Statuten zu geben, die „potestas pactionum, quam velint sibi ferre". Wäre im

38) Vgl. Cathrein, Moralphilosophie I, Freiburg 1911, S. 607.

Gesellschaftsverhältnis, wie bei der römischen Societas, nach herrschender Meinung nur der übereinstimmende Wille aller maßgebend, so gäbe es keine Unterordnung des Einzelwillens unter den Gesamtwillen. Wenn der Gesellschaftsvertrag diese Unterordnungspflicht bestimmt und damit bestimmen kann, daß der einzelne Gesellschafter den Gesamtwillen seinem eigenen Sonderwillen gegenüber gelten lassen muß, dann kann auch die Gesellschaft durch eigenen Beschluß satzungsgemäß diese Einordnung und Unterordnung des Einzelnen fordern. Wenn Hölder gegen Gierke meint, die Gesellschaft trete bei ihren Beschlüssen ihren Mitgliedern nicht als besonderes einheitliches Ganze gegenüber, sondern nur als Wille der übrigen, so dürfte das nur physisch und numerisch, aber nicht rechtlich gelten. In der Gültigkeit und Verbindlichkeit des Abstimmungsresultates tritt dem einzelnen Mitglied nicht die zahlungsmäßig bedingte Majorität entgegen, sondern die Rechtskraft der Gesellschaftssatzung, die der Wille der Gesamtheit ist. Durch den Willen zur Gesellschaft, wie er aktuell durch die Einigung bei der Gründung der Gesellschaft und durch den Eintritt in die Gesellschaft und habituell in der Mitgliedschaft zum Ausdruck kommt, unterwirft sich der Einzelne bei jedem Abstimmungsergebnis der von ihm anerkannten Verbandseinheit und Verbandshoheit.

2. Die Gesellschaft des BGB besitzt ihr eigenes Vermögen: Das Gesellschaftsvermögen. Das Gesellschaftsvermögen ist gemeinsames Vermögen. Es unterscheidet sich als ein solches gemeinsames Sondervermögen, nur der Gemeinschaft verfügbar, vom Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter. Es ist ein Vermögen mehrerer Personen; ein Eigentum mehrerer (§ 718 BGB). Das gilt an sich für jede Gemeinschaft, aber die Vermögensgemeinschaft der Gesellschaft des BGB hat das Besondere, daß sie a) durch das Gesellschaftsverhältnis, d. h. durch die, wie unten noch gezeigt werden wird, qualifizierte gesellschaftliche Verbundenheit gegeben ist, weshalb im Gegensatz zu anderen durch die Existenz eines bestimmten Rechtsverhältnisses gegebenen Vermögensgemeinschaften kein Teilnehmer ihre Auflösung verlangen kann, ohne Auflösung der Gesellschaft selbst (§ 719 BGB), und b) daß das Gesellschaftsvermögen den Wechsel der Teilnehmer überdauern kann, daß ein Wechsel der Teilnehmer an der Gesellschaft den gleichen Wechsel der Teilnehmer am Gesellschaftsvermögen bedeutet (§ 738 BGB).

3. Ein weiterer Beweis für die eigene Realität der gesellschaftlichen Verbandseinheit der Gesellschaft des BGB ist die Tatsache einer eigentlichen Veräußerung bei Ein-

führung von Beiträgen oder Vermögenswerten in das Gesellschaftsvermögen.

a) Der Gesellschafter hat seinen Beitrag auf jeden Fall an die Gesellschaftskasse abzuliefern. Mit dieser Ueberführung in das Gesellschaftsvermögen hört für den Gesellschafter jedes Verfügungsrecht über sein bisheriges Beitragseigentum auf. Es ist keine Suspension des Verfügungsrechtes, sondern Aufgabe desselben. Er behält zwar einen sog. „Anteil", dieser Anteil, wie später gezeigt wird, hat keinen individualrechtlichen Wert. In dieser Veräußerung treten sich Gesellschafter und Gesellschaft als solche gegenüber. Die Konstruktion dieses Tatbestandes kann keine Schwierigkeiten bereiten. Der Wille zur Gesellschaft, der in dem Konstitutivakt der Einigung liegt, ist nicht nur ein Bekenntnis zur Verbundenheit untereinander, sondern auch zum Verbande, da die Gesellschaft nur in der Verbindung von Einordnung und Unterordnung unter das Ganze den Gesellschaftszweck erreichen kann. Niemand wird bezweifeln, daß der Verwalter des Gesellschaftsvermögens den einzelnen Gesellschafter auf Bezahlung seines Beitrags im Namen der Gesellschaft, der er sich eingeordnet hat, belangen kann. Der geschäftsführende Gesellschafter tritt hier nicht als Vertreter der übrigen, oder als ein solcher, der zum Teil im eigenen, zum Teil im fremden Namen handelt, sondern er tritt auf im Namen der Gesellschaft, als ein solcher, der eine gemeinschaftliche Angelegenheit aller Gesellschafter in ihrer Verbundenheit und damit auch des Beklagten wahrnimmt.

Da die zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände dem Vermögen des einzelnen Gesellschafters in keiner Weise gehören, so steht der einzelne Gesellschafter der Vermögensträgerschaft der Gesellschaft wie ein Dritter gegenüber. Entnimmt er z. B. unbefugt Geld aus der Gesellschaftskasse, so begeht er Diebstahl oder Unterschlagung an dem Gelde, und zwar an der ganzen Geldsumme. In diesem Sinne hat das Reichsgericht bereits mehrfach gesprochen. In seiner Entscheidung vom 5. VII. 1882 bezeichnet es als den Grund für diese Auffassung die Tatsache, daß „für den Einzelnen das Gesellschaftsvermögen in allen seinen Teilen gebunden bleibt". Diese Gebundenheit beruht aber, wie gezeigt, nicht auf einer obligatorischen Verfügungsbeschränkung, sondern auf dem Wesen der Gesellschaft als einer Willensgemeinschaft mit alleiniger Zuständigkeit (RG 8. II. 1895).

b) Auf dem Gebiet der Grundstücksübertragung haben wir den gesetzlichen Tatbestand: wie die Uebertragung des

einem der Gesellschafter gehörenden Grundstücks auf die Gesellschaft nur durch Auflassung erfolgen kann, so müssen die Gemeinschafter einer Bruchteilsgemeinschaft jeder seinen Bruchteil in die Gesellschaftergesamthand auflassen, wenn sie es in das Gesellschaftsvermögen bringen wollen. Das Recht, das bisher in der Zuständigkeit des Einzelnen stand, kommt in eine real verschiedene Zuständigkeit, in die Zuständigkeit der Gesamtheit. Es hört auf, Eigentum des Einzelnen zu sein, es liegt eine eigentliche Veräußerung vor, konsequentermaßen eine andere Rechtszuständigkeit, ein anderes Rechtssubjekt: die Gesellschaft. Das Kammergericht vom 17. I. 1898 hat den Grundsatz vertreten, daß bei Ueberführung eines Grundstücks aus dem Miteigentum in das Gesamteigentum einer OHG ein Eigentumswechsel eintritt, der formell nur durch Auflassung bewirkt werden kann. Ebenso betrachtet das RG vom 2. XI. 1903 das Einbringen der Miteigentumsanteile in die Gesellschaft durch die Miteigentümer, die zugleich Gesellschafter sind, als rechtsgeschäftliche Uebertragung des Eigentums und fordert Auflassung und Eintragung. Ebenso RG 23. II. 1907. Es liegt also ein Wechsel in der Rechtsträgerschaft vor.

Wenn umgekehrt bei Auflösung einer Gesellschaft die einzelnen Gesellschafter die Gesellschaftsgrundstücke zum Miteigentum erwerben wollen, so müssen ebenso die einzelnen Bruchteile an die einzelnen Gesellschafter aufgelassen werden, und von einer Umschreibung der Grundstücke auf die Namen der Gesellschafter als Einzelsubjekte schlechthin kann keine Rede sein. So die Entscheidung des Kammergerichts vom 21. XII. 1903 [39]).

Wir haben also die eigentümliche Erscheinung, daß sich formell das Rechtssubjekt ändert, ohne daß sich materiell in den Rechtspersönlichkeiten etwas ändert und daß dieses Rechtssubjekt auf Grund der Verbundenheit mit eigenen Rechtsbeziehungen und Rechtswirkungen auftritt, eigener Rechtsträger wird.

4. Auch der § 736 ZPO, nach welchem zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen einer nach § 705 BGB eingegangenen Gesellschaft ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil erforderlich ist, steht der Realität der Verbandsrechtseinheit nicht entgegen. Solange die Gesellschaft nicht für sich eine

39) Heiderich, Das Wesen des Gesellschafteranteils an den einzelnen Gegenständen des Gesellschaftsvermögens, Diss. Breslau 1911, S. 75.

juristische Person ist, muß naturgemäß logischerweise gegen die sämtlichen Rechtssubjekte als letzte juristische Träger von Rechten und Pflichten vorgegangen werden. Aber trotzdem wird auch durch § 736 ZPO die juristisch erhebliche Verbandseinheit nicht berührt. Das zeigt schon die Tatsache, wie Hölder im Einzelnen ausführt, daß der Geschäftsführer der Gesellschafter ähnlich wie ein gesetzlicher Vertreter der gesellschaftlichen Verbundenheit Befugnisse hat. Der geschäftsführende Gesellschafter ist den Gesellschaftern gegenüber nicht nur zur Vollziehung der in den Angelegenheiten der Gesellschaft erforderlichen Kontrakte, sondern auch zur Führung der in ihnen sich ergebenden Prozesse und wie zur sonstigen Verwaltung des Gesellschaftsvermögens, so namentlich zur Tilgung der Gesellschaftsverbindlichkeiten aus ihm, sowohl berechtigt als verpflichtet!

An sich folgt aus der Vollmacht, die mich befähigt, als Vertreter eines anderen aufzutreten, nicht, daß ebenso Dritte gegen mich als den Vertreter des anderen auftreten können. Das gilt aber wohl für den gesetzlichen Vertreter, an den sich der Dritte halten kann und, wenn der Vertretene rechtswirksamen Auftretens nicht fähig ist, sich auch halten muß. Ist nun der geschäftsführende Gesellschafter als Verwalter des Gesellschaftsvermögens zur Tilgung von Gesellschaftsverbindlichkeiten mit dessen Mitteln nicht nur berechtigt, sondern auch den Gesellschaftern gegenüber verpflichtet, so daß er ihnen verantwortlich ist, so ist notwendig auch für die Gesellschaftsgläubiger ihre Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen etwas, das sie von ihm verlangen können. Der Geschäftsführer haftet also ähnlich wie ein gesetzlicher Vertreter mit dem seiner Verwaltung unterstellten Vermögen. Der Unterschied liegt nur darin, daß der durch den gesetzlichen Vertreter Vertretene (Mündel) überhaupt nicht Herr seines nominellen Vermögens ist und dessen Verwaltung von seinem Willen unabhängig ist, während die Verwaltung des Gesellschaftsvermögens durch den geschäftsführenden Gesellschafter auf dem eigenen Willen der Gesellschaft beruht. Daß der Gesellschaftsgläubiger, um eine Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen zu erwirken, alle Gesellschafter belangen muß, gilt also nur, wenn sie das Gesellschaftsvermögen gemeinsam verwalten. Kann er aber, anstatt sie insgesamt zu belangen, ihren Vertreter belangen, so ist es auch nicht notwendig, daß er sie bei dessen Belangung als diese bestimmten Individuen aufzählt. Der von ihnen belangte Vertreter vertritt sie ja nicht als diese Individuen, sondern als die Gesamtheit, und dessen Belangung bezweckt Befriedigung aus dem Vermögen, das

zu diesem Zweck zu verwenden dem belangten Vertreter zukommt. Die Belangung des Vertreters der Gesellschaft mit der Wirkung der durch die Verurteilung begründeten Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ist genau dasselbe, wie die Belangung des Vorstandes eines Vereins mit der Wirkung der durch die Verurteilung begründeten Zwangsvollstreckung in das Vereinsvermögen. In demselben Sinne wie diese Belangung eine Belangung des Vereins, ist jede Belangung des geschäftsführenden Gesellschafters eine Belangung der Gesellschaft. Mag auch der Wortlaut der §§ 50, 735, 736 ZPO damit in Widerspruch stehen, sachlich ist kein Widerspruch. Wenn die Belangung des geschäftsführenden Gesellschafters äquivalent ist der Belangung aller Gesellschafter und wenn der gesetzliche Vertreter von sonstigen Vertretern sich dadurch unterscheidet, daß er nicht nur als Vertreter des anderen auftreten kann, sondern auch Dritte gegen ihn als dessen Vertreter auftreten können, so gilt dies ebenso vom Vertreter einer Gesellschaft wie vom Vorstand eines nichtrechtsfähigen Vereins. Und es gilt vom einen wie vom anderen außerdem, daß er auch als Vertreter der Gesamtheit dem einzelnen Mitglied gegenübertreten kann, wodurch die Gesellschaft, gleich dem Verein, ihren einzelnen Mitgliedern als ein eigenes besonderes Ganze gegenübertritt [40]).

Alle diese erwähnten Tatbestände lassen erkennen, daß das Prinzip der gesellschaftlichen Verbundenheit in der Gesellschaft des BGB die Gesellschafter zu einer solchen Einheit zusammenschließt, daß diese fähig ist, als solche rechtserheblich zu handeln, daß sie als Einheit handeln, besitzen, erwerben, schulden etc. kann, m. a. W. daß die Gesellschafter durch ihre qualifizierte Verbundenheit eine neue eigene Rechtsträgerschaft, ein neues Rechtssubjekt schaffen, welches von den Einzelrechtsträgern wesentlich formell verschieden ist. Damit kommen wir zu folgendem Kapitel: zur Rechtsnatur des Gesellschaftsverbandes.

## III. Die Rechtsnatur des Gesellschaftsverbandes.

Das Ergebnis der letzten Ausführungen war: Der Gesellschaftsverband des BGB ist eine Rechtseinheit, eine für sich rechtserhebliche Willensgemeinschaft, die als solche Rechte haben kann; sie ist ein von der Rechtssubjektivität der einzelnen Gesellschafter formell verschiedenes Rechtssubjekt.

---

40) Hölder, Natürliche und juristische Personen, Leipzig 1905, S. 275 ff.

Welches ist die Rechtsnatur dieser Verbandseinheit? Dazu

1. Klärung der notwendigen Begriffe.

a) Der Begriff des Rechtssubjektes.

Rechtssubjekt ist derjenige, der ein Recht hat oder besitzt, dem ein Recht zusteht, der zuständig ist für ein Recht, also für eine gesetzliche Befugnis, für ein gesetzlich gewährleistetes Können, für eine gesetzliche Befähigung, etwas als das Seinige in Anspruch zu nehmen oder zu fordern, und dem diese Befugnis von der Rechtsordnung anerkannt und geschützt wird. Ein Recht haben: die Befugnis und Befähigung, etwas zu besitzen oder zu fordern, kann begrifflich und naturgemäß nur ein vernünftiges, für sich bestehendes Wesen, entweder eine einzelne menschliche Person oder eine Mehrheit von Personen sein. Normalerweise hat jedes Recht nur ein Subjekt. Es kann aber auch die Befugnis, das Recht mehreren Subjekten zustehen, so daß die Einzelnen in dieser oder jener Weise an der Ausübung des Rechtes beteiligt sind. Eine Mehrheit von Personen kann als nur numerische Größe die Befugnis ausüben, wie am Miteigentum in Bruchteilsrechtsgemeinschaft oder als geschlossene verbundene Einheit unter der formellen Rücksicht der Verbundenheit, so daß die Befugnis oder Befähigung, etwas zu besitzen oder zu fordern usw., erst in und durch die Verbundenheit möglich und wirklich ist. Nach den oben angeführten gesetzlichen Tatbeständen ist die Gesellschaft des BGB eine solche geschlossene Einheit. Darin liegt an sich keine logische Schwierigkeit, wenn ein Recht statt einer einzigen Person einer Mehrheit von Personen zusteht. Die Schwierigkeit beginnt mit der Frage: Kann eine Mehrheit von Personen in ihrer Verbundenheit und in Rücksicht ihrer Verbundenheit eigenes Rechtssubjekt sein, ohne daß damit die Rechtspersönlichkeit der Einzelnen preisgegeben wird? Dazu ist die Klärung des Begriffes der Rechtspersönlichkeit notwendig.

b) Der Begriff der Rechtspersönlichkeit.

Allgemein bedeutet Person (Persona) im ontologischen und philosophischen Sinn den Selbstand, die Hypostasis, die Subsistenz einer vernünftigen oder grundsätzlich denk- und willensfähigen, auf die Selbstbestimmung und den Selbstbesitz angelegten Wesenheit, nach Boëthius +525: „natura rationalis individua subsistentia". Sie ist das Für-sich-sein, das Für-sich-Abgeschlossen-sein, darum das Sich-selbst-gehören, Sich-selbst-besitzen einer geistigen vernünftigen Einheit. In diesem Sinn sprechen wir von einer natürlichen Person im Rechtssinn.

Dieser natürliche Personenbegriff kann im analogen Sinne auch auf eine Personenmehrheit, auf eine Personengemeinschaft angewandt werden, insofern auch in ihr ein gewisser, vernünftig willensmäßiger Selbstand, eine gewisse Fähigkeit zur Selbstbestimmung, ein Sich-selbst-gehören, ein über sich verfügen können durch Willensgemeinschaft gegeben ist. Man spricht hier im Gegensatz zur physischen, natürlichen Person des Einzelnen oft von einer „moralischen Person" (z. B. Personne morale im französischen Recht), von „Verbandsperson", weil sie durch die Willensgemeinschaft und Einheit die natürliche Voraussetzung und Qualifikation einer selbständigen unmittelbaren Rechtsfähigkeit besitzt, zumal dort, wo man den strengen Begriff der „juristischen Person" als staatlich verliehenes eigenes subjektives Recht in der positiven Rechtsordnung nicht kennt.

Rechtspersönlichkeit ganz allgemein ist also die in sich abgeschlossene selbständige, von jeder anderen Person rechtlich unabhängige juristische subjektive Einheit, sei es, daß diese Einheit ein Einzelner oder eine Mehrheit ist, welche in sich geschlossen und unabhängig selbständig anderen gegenüber rechtserheblich und rechtswirksam unmittelbares Rechtssubjekt sein kann. Trotzdem ist es im Interesse der Klarheit notwendig, sich auf die Terminologie der positiven Rechtsordnung zu beschränken und den Terminus „Person" nur soweit anzuwenden, als ihn das Gesetz anwendet. Das Gesetz aber beschränkt ihn auf die einzelne natürliche Person und die juristische Person im technischen Sinne.

c) Der Begriff der juristischen Person.

„Juristische Person" im eigentlichen Sinne ist das von der staatlichen Rechtsordnung verliehene subjektive Recht einer Personenmehrheit, ihre Befähigung also, als solche „persönlich", d. h. wie eine natürliche Person, nach innen ihren Mitgliedern gegenüber und nach außen unmittelbar selbständig rechtswirksam tätig sein zu können. Die juristische Person einer Personenmehrheit wenigstens ist als Recht ebensowenig eine Fiktion wie jedes andere von der Rechtsordnung formell verliehene und geschützte subjektive Recht eines Einzelnen. Anders bei einer Stiftung, die nur als juristische Person gedacht wird und ohne jedes unmittelbar persönliche Fundament ist. Juristische Persönlichkeit einer Personenverbundenheit bedeutet also die von der Rechtsordnung anerkannte und geschützte unmittelbar wirksame selbständige Rechtsfähigkeit einer Mehrheit von Personen.

d) Rechtssubjekt und Rechtspersönlichkeit.

Rechtssubjekt und Rechtspersönlichkeit sind begrifflich nicht äquivalent.

α) Rechtssubjektivität bedeutet Rechtszuständigkeit, Rechtsträgerschaft, sei sie selbständig oder nicht, mittelbar oder unmittelbar.

Rechtspersönlichkeit bedeutet natürlich selbständige (natürliche Person) oder gesetzlich hypostasierte Rechtsfähigkeit (juristische Person). Jede Rechtszuständigkeit und Rechtsträgerschaft setzt notwendig wenigstens eine Rechtspersönlichkeit voraus, aber die ratio personalitatis ist nicht das Wesen, sondern nur notwendige Voraussetzung der Rechtszuständigkeit.

β) Das Wesen der Rechtspersönlichkeit ist die rechtliche Selbständigkeit eines Rechtssubjekts, während

das Wesen der Rechtssubjektivität rechtswirksame Willensmacht ist.

Rechtspersönlichkeit ist darum selbständige Rechtsfähigkeit. Sie ist entweder eine naturnotwendig gegebene Modalität (beim Individuum) oder eine freie gesetzliche Qualifikation (bei einer Mehrheit).

Rechtszuständigkeit, Rechtsträgerschaft aber ist unmittelbares subjektives Recht, ein Können und Dürfen, sei es einer natürlichen, einer juristischen oder einer Willensverbundenheit von Personen.

γ) Die Rechtspersönlichkeit hat absoluten, höchstpersönlichen, unteilbaren und unübertragbaren Charakter.

Die Rechtszuständigkeit ist ein teilbares, übertragbares Recht mit innerer, realer Beziehung zu einem Rechtserfolg oder Rechtsinhalt. In der Gesellschaft z. B. gibt der Einzelne seine Zuständigkeit an einem Recht auf und überträgt es auf die verbundene Gesamtheit. Solange diese bei aller Einheit durch die Willensverbundenheit in innerer Abhängigkeit von den Rechtspersönlichkeiten der Einzelnen steht, kann von einer neuen Rechtspersönlichkeit im gesetzlichen Sinne nicht die Rede sein. Erst mit der eigenen, von der Rechtsordnung verliehenen Selbständigkeit und Unabhängigkeit haben wir eine Rechtspersönlichkeit, eine juristische Person.

e) Der Begriff der rechtserheblichen Verbundenheit.

Der Einzelne kann zur Erreichung eines bestimmten Rechtserfolges sich mit anderen und mehreren verbinden und den Rechtserfolg von dem verbundenen oder irgendwie verknüpften Rechts-

willen der Anderen abhängig machen. Das kann geschehen auf dreifache Weise:

α) Durch Vertragsgemeinschaft, auf Grund freier rechtsgeschäftlicher gegenseitiger Verpflichtung durch die bestimmte Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung, unter welcher der Rechtserfolg entstehen soll. Diese Verbundenheit, diese vertragliche Einigung rein rechtsgeschäftlicher, individualrechtrechtlicher Natur ist für den Rechtserfolg eine Conditio sine qua non, eine rein äußere, wenn auch notwendige Bedingung. Gegenseitige rechtsgeschäftliche Verbindung und Verpflichtung durch Leistungsverknüpfung ist die Bedingung für die Verwirklichung des Rechtserfolges.

β) Durch Interessen- oder Zweckgemeinschaft. Die Verbundenheit ist hier nur Mittel (causa instrumentalis) zum Zweck, zur Erreichung des Rechtserfolges. Die Verbundenheit ruht auf einem äußeren Tatbestand, sei es gesetzlicher wie bei der Erbengemeinschaft oder Liquidationsgemeinschaft, sei es tatsächlicher Art, wie beim Miteigentum in der Bruchteilsgemeinschaft. Die Verbundenheit und Gebundenheit dient lediglich als Mittel, die Zwecke, Ansprüche und Interessen der Einzelnen zu schützen bezw. zu verwirklichen.

γ) Durch die eigentliche Verbandsgemeinschaft. Die Verbundenheit steht hier zum gemeinsamen Rechtserfolg und Gesamtzweck nicht nur in äußerer Beziehung wie eine notwendige Bedingung oder wie ein reines Rechtsmittel zum Schutze eines äußeren Tatbestandes, ist nicht nur gesetzlicher oder rein tatsächlicher Natur, sondern sie ist selbst inneres Prinzip mit eigener rechtserheblicher Dynamik und Gestaltungskraft zur Verwirklichung des der Gemeinschaft immanenten Zweckes. Das Prinzip: der gemeinsame Wille, die zweckgerichtete Willensverbundenheit ist hier selbst Grund und Fundament der Einheit und Gemeinschaft der Gesellschaft. Das Verbandsprinzip ist damit Konstitutivprinzip der Gesellschaft, welches die Einzelnen und das Ganze so beherrscht und durchherrscht, daß das gesellschaftliche Handeln sogleich Handeln der Gesellschaft ist, indem es nur in Abhängigkeit voneinander und vom Ganzen sich vollzieht.

2. Die Rechtsnatur der Gesellschaft als Verbandssubjekt.

Das Verbandssubjekt der Gesellschaft ist keine juristische Persönlichkeit, denn es fehlt ihm die staatliche Qualifikation, das staatlich anerkannte Recht dazu. Damit ist es bei aller Verbands-

einheit und Geschlossenheit kein für sich stehendes, absolut selbständiges, gesetzlich rechtsfähiges Rechtssubjekt. Seine letzte rechtliche Verantwortlichkeit wurzelt in der natürlichen Rechtspersönlichkeit der einzelnen Gesellschafter. Zum Begriff des Rechtssubjektes gehört irgendwie eine wesentliche Verbindung mit einer Rechtspersönlichkeit, und wenn nicht eine konstitutive Verbindung gegeben ist, muß wenigstens eine kausale und fundamentale gefordert sein. Die letzte rechtliche Verantwortlichkeit der Rechtshandlungen muß wurzeln in einer Rechtspersönlichkeit. Diese Verwurzelung ist bei der Gesellschaft des BGB gewahrt, a) grundsätzlich: Die Erhaltung der Rechtspersönlichkeit der Einzelgesellschafter bleibt die wesentliche Grundlage und Voraussetzung aller Rechtsverhältnisse und Wirkungen im Rahmen des Gesellschaftsverbandes, ohne daß ihre Einzelpersönlichkeit, isoliert für sich genommen, auf die rechtliche formelle Dynamik des Verbandes Einfluß hat. b) Die Rechtspersönlichkeit der Einzelnen bleibt auch tatsächlich gewahrt, insofern als die Willenserklärung der Einzelnen innerhalb der Gesellschaft vollkommen in deren Hand liegt, und zwar in Bezug auf den Rechtserfolg negativ, als dieser Rechtserfolg von den Einzelnen wirksam verhindert werden kann, positiv als dieser Willensentscheid als essentieller Faktor zum Rechtserfolg mitwirkt, mag dieser auch gebunden sein an die Verbundenheit aller. So ist die Gesellschaft ihrer Rechtsnatur nach in der positiven Rechtsordnung ein Gebilde für sich. Sie hat keine Rechtspersönlichkeit, sie ist keine Verbandsperson und doch ist sie ein Personenverband mit eigener Rechtsträgerschaft. Dieser Personenverband kann eigener Träger von Rechten sein, Träger von Rechten als Verband von Personen, eigener Träger von Rechten als Personenverband. Da Verbundenheit und Rechtspersönlichkeit als verschiedene Realitäten im Gesellschaftsverband sich gegenseitig bedingen, haben wir für die Rechtsdynamik der Gesellschaft eine mehrheitliche persönliche Selbständigkeit oder eine Mehrheit von Personen mit gesellschaftlich aufgehobener persönlicher individueller Rechtsträgerschaft und Rechtszuständigkeit, eine Verbundenheit der Gesellschafter mit einer eigenen verbandlichen Rechtsträgerschaft und Rechtszuständigkeit.

Man kann sagen: 1) Der Personenverband der Gesellschaft ist ein Rechtsgebilde besonderer Art, weil er durch das Formalprinzip der Verbundenheit eigener Träger von Rechten sein kann, ohne (unmittelbare) Rechtspersönlichkeit zu besitzen. Als bloße Rechtseinheit der positiven Rechtsordnung tritt die Gesellschaft durch

den Mangel unmittelbarer qualifizierter Rechtsselbständigkeit in den Gegensatz zur juristischen Persönlichkeit. Als Personenverband hat die Gesellschaft alle natürlichen Voraussetzungen zu einer juristischen Persönlichkeit. Es fehlt ihr nur das rein positive Recht dazu. Das staatlich verliehene Recht ist das Wesen der „juristischen Persönlichkeit". Durch den positiv staatlichen Rechtsakt wird eine bisher abhängige Rechtseinheit gesetzlich gleichsam hypostasiert zu unmittelbarer rechtlicher Selbständigkeit.

2) Dieser Personenverband ist eigenes Rechtssubjekt, hat die Fähigkeit, eigener wenn auch nicht absolut selbständiger Träger von subjektiven Rechten zu sein. Der Begriff der Rechtssubjektivität deckt sich nicht mit dem Begriff der Person, obwohl er sie wesensnotwendig voraussetzt, aber er ist aus sich durchaus indifferent, ob diese Wesensverbindung eine mittelbare, wie bei dem Gesellschaftsverbande, oder eine unmittelbare ist, wie bei jeder juristischen oder natürlichen Einzelperson.

Wir können also die Rechtsnatur der Gesellschaft dahin bestimmen: Die Gesellschaft des BGB ist keine Verbandspersönlichkeit, sondern ein Personenverband mit mittelbarer Rechtspersönlichkeit, aber durch das Formalprinzip der Verbundenheit mit eigener wenn auch relativer Rechtsträgerschaft und Rechtsdynamik ausgestattet, oder besser ein Personenverband mit mittelbarer mehrheitlicher Rechtspersönlichkeit, welcher durch das Formalprinzip einer spezifischen persönlichen Verbundenheit eine einheitliche und eigene, wenn auch nicht absolut selbständige Rechtsträgerschaft und Rechtsdynamik besitzt.

## IV. Das Strukturprinzip des Gesellschaftsverbandes.

### Das Verbandsprinzip als Strukturprinzip.

Die Gesellschaft des BGB schließt zwei Hauptrechtsverhältnisse ein: ein fundamentales, welches die Voraussetzung bezw. gesetzliche Bedingung des zweiten ist und ein formales.

Das erstere ist individualrechtlich, der Gesellschaftsvertrag, der unmittelbar kausal wirkt nur für ein bleibendes obligatorisches Vertragsverhältnis.

Das zweite ist sozial-verbandsrechtlicher Natur, das eigentliche Gesellschaftsverhältnis oder die Gesellschaft in ihrer vollendeten Wirklichkeit.

Der Gesellschaftsvertrag ist, wie oben ausgeführt, formell als Vertrag wohl die gesetzliche Voraussetzung für die Gesellschaft, aber nicht ihre schöpferische Ursache; er verpflichtet nur vertraglich die Beteiligten gegenseitig zur Herstellung der Gesellschaft. Die unmittelbare schöpferische Ursache für dieses sozialrechtliche Dauerverhältnis, m. a. W. für den Gesellschaftsverband ist die durch den Gesellschaftsvertrag als gemeinsame Verpflichtung übernommene Willenstat der gesellschaftlichen Einigung, die allerdings durch den Abschluß des Gesellschaftsvertrages faktisch äquivalenter zum Ausdruck kommt. In dieser aktuellen faktischen Einigung liegt präzis die Gründung und Schöpfung der Gesellschaft. Das Ergebnis dieser zweckbezogenen Einigung ist das habituelle Einigsein, m. a. W. eine rechtlich zuständliche Verbundenheit, die in und durch die Verbundenheit eine eigene überindividuelle rechtserhebliche Realität erhält, dadurch Rechtssubjekt sein kann und ist, eigener Träger von subjektiven Rechten ohne unmittelbare Rechtspersönlichkeit.

Das innerste Wesen des Gesellschaftsverbandes ist die zweckgerichtete zuständliche Verbundenheit, und zwar materiell der reale Gesellschafterkreis, formell der freie zweckgerichtete habituelle Wille dieser Gesellschafter zur Einheit und Verbundenheit. Dieser habituelle Wille zur Verbundenheit, m. a. W., dieser Verbandswille, ist das innerste formale Wesensprinzip, das gesellschaftliche Gestaltungsprinzip, der Träger, das Prinzip der gesellschaftlichen Struktur, m. a. W. das Verbandsprinzip.

Rümelin sagt: „Die Genossenschaftstheorie Gierkes enthält kein Prinzip, aus dem sich eine größere Zahl von Konsequenzen ergibt. Es kann deshalb weder angenommen werden, daß ein derartiges Prinzip die Rechtsbildung beherrscht und zu der Ausbildung der einzelnen Rechtssätze geführt habe, noch kann dasselbe nachträglich durch Zusammenfassung und Formulierung der selbständig ausgebildeten Detailsätze verwandt werden . . . Gierke irrt, wenn er glaubt, daß die Fort- und Weiterbildung diese extensive und intensive Zunahme des Vereinswesens mit dem Grundgedanken des römischen Rechts nicht in einfacher Weise verbunden werden könne. Er irrt ferner, wenn er glaubt, daß sich die ganze Entwicklung des modernen Rechtslebens in ein einfaches kurzes Prinzip zusammenfassen lasse. Wohl wäre es wünschenswert, ein solches Prinzip, ein geistiges Band zu haben. Aber wenn eben die

Zusammenfassung in Wirklichkeit nicht gelingen will, dann bleibt nichts anderes übrig, als auf dieselbe zu verzichten und im einzelnen alles genau zu berücksichtigen und zu würdigen, was die Entwicklung des modernen Lebens gebracht hat“ [41]).

Für den Gesellschaftsbegriff des BGB und seine umfassende Dynamik läßt sich jene Behauptung jedenfalls nicht aufrecht erhalten. Hier haben wir ein Konstitutivprinzip, welches sich bestimmend, gestaltend und beherrschend auswirkt nach der gemeinschaftsrechtlichen Seite in der Mitgliedschaft, in der Organisation und in der Bestandsbehauptung, nach der vermögensrechtlichen Seite in einem eigenen Gesellschaftsvermögensrecht. Es ist das Formalprinzip des gesellschaftlichen Verbandes, welches die Gesellschaft wesentlich scheidet vom Gesellschaftsvertrag, von der Societas romana und ihrer individualrechtlichen Struktur. Dieses Prinzip ist das Verbandsprinzip, das Prinzip, welches der deutsch-rechtlichen Auffassung von der Gesellschaft den Typus, das Gepräge gibt, und ohne welches auch die Gesellschaft des BGB und die übrigen auf sie aufgebauten Gesellschaftstypen nicht einheitlich und allseitig konstruiert werden können. Durch dieses spezifische innere Bindungsprinzip wird die Gesellschaft über das reine Vertragsverhältnis hinaus aus der rein individualrechtlichen Sphäre in das Verbandsverhältnis, in die überindividuelle Verbandssphäre gehoben. Die Mitglieder sind nicht bloß äußerlich obligatorisch durch Vertrag oder dinglich durch ein gemeinsames Vermögen, nicht einmal allein durch den Gesellschaftszweck gebunden, sondern innerlich, real wirksam durch eine frei gewollte Einigung, die durch eine gesetzlich geschützte Satzung und autoritäre Führung des Ganzen rechtlich zur Wirkung kommt.

Durch das Verbandsprinzip stehen die Gesellschafter in einer rechtlich geschützten Willensgemeinschaft, so daß der einzelne in der Förderung des Gesellschaftszweckes grundsätzlich seine Rechtssubjektivität aufgibt und die Rechtswirksamkeit seines Einzelwillens abhängig macht vom Willen der anderen in ihrer Gesamtheit. Sein Einzelwille wird erst juristisch existent im juristisch gültigen Willen des Personenverbandes. Weder hat der Einzelne das ganze Recht, noch auch einen Teil des Rechtes, sondern erst die Gesamtheit hat das Recht; erst auf Grund der Gesamt-

41) Rümelin, Zweckvermögen und Genossenschaft, Festschrift Freiburg 1892, S. 102.

verbundenheit ist ein rechtlich wirksames Handeln möglich. Es ist weder ein logischer noch ein juristischer Widerspruch, wenn ein einziges Recht mehreren in Verbundenheit zusteht. Es wird, wie wir oben sahen, zwar ein neues Rechtssubjekt begründet, aber an sich noch nicht eine neue Rechtspersönlichkeit im juristischen Sinne. Und es liegt weder eine logische noch eine juristische Schwierigkeit darin, daß mehrere natürliche Personen zusammen ein neues Rechtssubjekt bilden können, ohne ihre eigene Rechtspersönlichkeit zu verlieren, wie wir bereits oben weiter ausführten.

Die Rechtsdynamik des Verbandsprinzips liegt darin, daß nur die Gesamtheit in ihrer Verbundenheit das Recht haben kann, also „dürfen" und „können" kann, daß sämtliche Gesellschafter nur zusammen verbunden „können" und „dürfen", und daß das Recht des Einzelnen darin besteht, daß er nur mit den anderen „kann" und „darf", und die anderen nicht ohne ihn „können" und „dürfen". Die Willensgemeinschaft trägt die Rechtswirksamkeit. Die Einzelpersönlichkeit bleibt essentieller Faktor im gesellschaftlichen Handeln, sie kann sich selbständig entscheiden und nicht entscheiden, kann sich so und anders entscheiden, aber rechtswirksam kann die Entscheidung nur sein in der Verbundenheit, in der Uebereinstimmung mit den übrigen Gesellschaftern[42]).

Das gesellschaftliche Verbandsprinzip ist damit der innere Grund der Struktur und Dynamik der Gesellschaft; es wirkt sich aus nach ihren Wesenskomponenten und nach ihrer Vermögensfähigkeit.

a) gemeinschaftsrechtlich im Mitgliedschaftsrecht als Assoziationsprinzip, als das Rechtsprinzip der zweckverbundenen Personenmehrheit,

b) vermögensrechtlich in der besonderen Rechtslage des Gesellschaftsvermögens und der Gesellschaftsschulden als Gesamthandsprinzip, als das Rechtsprinzip der gesellschaftlichen Vermögensfähigkeit,

c) organisationsrechtlich im Führungsprinzip der Gesamtheit, insofern die gemeinschaftlich gewordene Rechtssphäre derartig der gemeinschaftlichen Herrschaft der Gesamtheit unterworfen ist, daß der Einzelne keinen bestimmten Teil der in die Ver-

42) H. Kaufmann, Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen, Fischers Abh., Bd. 22. S. 8 ff., 1912.

bandssphäre fallenden Rechte für sich mit ausschließlicher Selbständigkeit in Anspruch nehmen kann. Es gibt auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses kein noch so geringes Recht, was dem Einzelnen allein zusteht. Zusammen und nur zusammen, nur in ihrer den Willen der Einzelnen ergreifenden Verbundenheit stellt sich die Vielheit der Gesellschafter als einheitliches, rechtserhebliches, autoritär wirksames Ganze dar, sei es im rechtlich wirkenden, verfassungsmäßigen Beschluß, sei es in der Verbandssatzung, sei es in der rechtswirksamen verfassungsmäßigen Geschäftsführung des Verbandes als Organisationsprinzip, als das Rechtsprinzip der realen Personeneinheit.

d) Existenzrechtlich oder bestandsrechtlich, indem das Verbandsprinzip, d. h. der Wille zur Verbundenheit, auch der innere rechtliche Grund ist für ihre Sicherung, Erhaltung und Entfaltung, und zwar für ihre Selbstsicherung, Selbsterhaltung, Selbstentfaltung und Selbstbehauptung. Alles, was der Gesellschaft gesetzlich zu Gebote steht, sich selbst aus eigener Kraft und eigenem Recht zu erhalten und zu entfalten, sei es positiv oder negativ, gehört in das Gebiet ihres immanenten Bestandsrechtes und Bestandsschutzes. Hier wirkt das Verbandsprinzip als Immanenzprinzip, als das Rechtsprinzip der gesellschaftlichen Dauerfähigkeit und Selbständigkeit.

# *Die verbandsrechtliche Dynamik der Gesellschaft des BGB.*

## I. Das Verbandsprinzip als Assoziationsprinzip.

### 1. Mitgliedschaft und Mitgliedschaftsrechte im Allgemeinen.

a) Die Mitgliedschaft ist der wesentliche persönliche Ausdruck der gesellschaftlichen Verbundenheit, welche in den Mitgliedschaftsrechten juristisch erheblich wirksam wird. Juristisch gefaßt ist die Mitgliedschaft die Gesamtheit der rechtlichen Beziehungen, die sich für den Einzelnen mit innerer Notwendigkeit aus dem Gesellschaftsverhältnis als solchem ergeben. Sie ist m. a. W. das Rechtsverhältnis der gesellschaftlichen Verbundenheit, das sozialrechtliche Band der einzelnen Gesellschafter zueinander und zum Ganzen. In den Mitgliedschaftsrechten spiegelt sich die rechtliche Natur und Struktur des Verbandes. Eine Gesellschaft ohne Mitgliedschaft ist ein Widerspruch, denn die Gesellschaft existiert durch die Mitgliedschaft und findet in der Mitgliedschaft ihren Ausdruck. Die Mit-

gliedschaft besagt begrifflich ein doppeltes Rechtsverhältnis: Das Rechtsverhältnis der Mitgliedschaft und das Rechtsverhältnis der Mitgliedschaft.

Einerseits ist das Rechtsverhältnis der Mitgliedschaft das Gliedsein des Gesellschafters in der Gesellschaft, der Zustand zusammen mit den übrigen die Gesellschaft zu bilden, so daß die Gesellschaft nichts anderes ist als die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit. Diese Gliedstellung ist zwar nicht so zu verstehen, daß, wenn der Gesellschafter sie verliert, die Gesellschaft aufhören würde, zu existieren; denn die Gesellschaft bei allem persönlichen Einschlag ist nicht die Gesamtheit dieser Gesellschafter, sondern die der jeweiligen Gesellschafter. Die Veränderung ihres Bestandes kann unter Aufrechterhaltung der Gesellschaftsidentität erfolgen. Wohl aber besteht die Gliedstellung darin, daß der Gesellschafter, solange er sie inne hat, ein Teil ist in einem ihn umfassenden Ganzen, das er zusammen mit entsprechenden anderen Teilen, den übrigen Gesellschaftern, bildet.

Anderseits ist das Rechtsverhältnis der Mitgliedschaft das Verhältnis des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft als Verbandseinheit mit ihrer eigenen Rechtsträgerschaft. Die Gesellschaft ist, wie wir schon oben des weiteren erörterten, nicht eine Summe von Gesellschaftern, sondern sie besitzt rechtlich wirksame Einheit und Geschlossenheit, die es möglich macht, daß es Rechte der Gesellschaft gegen die Gesellschafter und solche des Gesellschafters gegen die Gesellschaft gibt. Das Gliedsein führt so zu eigenen rechtlichen Beziehungen und Wirkungen, zu verbandsrechtlichen Beziehungen. So kann man die Mitgliedschaft definieren als das Rechtsverhältnis der zweckgerichteten gesellschaftlichen Verbundenheit der Gesellschafter untereinander und der einzelnen Gesellschafter zur Gesellschaft als Personenverband[43]).

b) Jede Gesellschaft setzt begriffsnotwendig eine Vereinbarung voraus über die Art und Weise, wie der gemeinsame Gesellschaftszweck von den Gesellschaftern zu fördern ist. Schon durch den Gesellschaftsvertrag i. e. S. werden obligatorisch gewisse Pflichten der Gesellschafter begründet. Die Frage ist: wie wirkt sich das Verbandsprinzip als solches aus? Wir haben uns hier nur mit den eigentlichen formellen Mitgliedschaftsrechten zu befassen, d. h. mit jenen gesetzlichen Regelungen, die ihrer inneren Natur nach Ver-

43) R. Heinsheimer, Teilhaber und Teilhaberschaft, Diss. Heidelb., 1930, S. 26 ff.

bandscharakter tragen. Damit scheiden alle Gesellschaftsrechte rein obligatorischer Natur aus dem Gesellschaftsvertrage, alle Sonder- und Vorrechte von Gesellschaftern, da sie nur auf besonderer vertraglicher Vereinbarung beruhen, von vornherein aus. Es wird nicht geleugnet, daß obligatorische Rechte aus dem Gesellschaftsvertrage nicht auch zugleich verbandsrechtlichen Charakter tragen können. In der vorliegenden Arbeit ist der gesetzliche Bestand des Verbandsrechts aufzuweisen, d. h. jedes Gesellschaftsrecht, insofern und insoweit es innerlich und wesentlich informiert ist vom Verbandsprinzip, sei es subjektives, sei es objektives Recht.

Das gesamte Gesellschaftsverhältnis und Gesellschaftsrecht wird nach den obigen grundsätzlichen Ausführungen von einem dreifachen Prinzip beeeinflußt und beherrscht: Zwei äußeren, dem Vertragsprinzip als Prinzip des Gesellschaftsvertragsverhältnisses und dem Zweckprinzip als Spezifikations- und Richtungsprinzip des gesellschaftlichen Handelns und dem inneren, dem Verbandsprinzip. So notwendig für die Gesellschaftsbildung der Gesellschaftsvertrag, so wesentlich für die Gesellschaft der Gesellschaftszweck und die Zweckrichtung bleibt, das Konstitutivprinzip ist die innere reale Einheit und Verbundenheit, wie sie von den Gesellschaftern gewollt und von der autoritären Verbandsherrschaft wirksam durchgeführt wird. Darum liegt in diesem Prinzip zugleich das Kriterium für das, was an Rechten und Pflichten zur Verbandssphäre gehört oder nicht. In diesem Sinne sind *Mitgliedschaftsrechte und Mitgliedschaftspflichten solche Rechte und Pflichten, welche den Gesellschaftern als Gesellschaftern, d. h. als Mitgliedern kraft ihrer Verbundenheit und Abhängigkeit zueinander und vom Gesamtverbande erwachsen*, also solche: Ansprüche, die den Gesellschaftern aus dem eigentlichen Verbundenheitsverhältnis (§ 717 BGB) zustehen. Es sind die aus dem Gesellschaftsverhältnis sich ergebenden Rechte bezw. Pflichten des Gesellschafters (§ 725). Daraus ergibt sich, daß das Verbandsprinzip ein Rechtsprinzip der gemeinschaftlichen Berechtigung ist: Weder hat der Einzelne das ganze Recht, noch einen Teil des Rechtes, sondern die Verbundenheit hat erst das Recht.

In Bezug auf die *gemeinschaftsrechtliche* Wirkung ist jedes formelle Mitgliedsrecht Gemeinschaftsrecht, Verbandsrecht, da es wesentlich steht in der Einheit der Willensgemeinschaft des gesellschaftlichen Verbandes.

In Bezug auf die vermögensrechtliche Wirkung ergibt sich ausschließliche Zuständigkeit der Gesamtheit, welche objektiv jede aktuelle und auch ideelle Quotenteilung ausschließt und subjektiv die Gebundenheit der Verfügungsmacht einschließt.

Was die Entziehbarkeit oder Nichtentziehbarkeit der formellen Mitgliedschaftsrechte angeht, so richtet sich diese nach dem positiven Gesetz, nach den positiven Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, nach dem Gesellschaftsbegriff, dem zu erreichenden Gesellschaftszweck und dem Selbsterhaltungsgesetz der Gesellschaft. Es ist im einzelnen Fall zu untersuchen, ob zwingendes Recht oder dispositives Recht im Gesetzbuch vorliegt.

### 2. Die gemeinschaftsrechtliche Mitgliedschaft.

Der Begriff der Mitgliedschaft ist der verbandsrechtliche Begriff als solcher; er ist der wesentliche Ausdruck der Rechtsstellung des Gesellschafters: ein Rechtsverhältnis, ein rechtlicher Zustand, an welchen bestimmte Rechte und Pflichten geknüpft sind. Durch den Gesellschaftsgründungsvertrag gehen die Gesellschafter die rechtlich geschützte Verpflichtung ein, durch Gründung der Gesellschaft, durch das Prinzip der Verbundenheit und der vereinten Tätigkeit den der Gesellschaft eigentümlichen Gesellschaftszweck zu fördern und zu verwirklichen. Damit fällt die Mitgliedschaft in die Rechtsordnung. Sie ist nicht nur etwas, was die Beteiligten allein angeht, was rein nur von dem Verhältnis untereinander abhängt, sondern etwas, was auch Dritte angeht. Die Mitgliedschaft im strikten Sinne ist juristisch die Rechtsstellung des Gesellschafters in der Gesellschaft auf Grund seiner Verbundenheit mit Rücksicht auf die Verwirklichung des Gesellschaftszweckes.

#### a) Die gesetzlichen Regelungen.

Auf Grund der vertraglich pflichtmäßigen Verbundenheit hat nach § 705 BGB der Gesellschafter

α) ein Recht auf Vornahme sämtlicher Leistungen, die den Gesellschaftszweck verwirklichen sowie auf Vollzug der eigenen Leistung.

Zwar brauchen nicht alle zur Erzielung des Gesellschaftszweckes möglichen Leistungen gefordert werden; sind aber die notwendigen Voraussetzungen zur Leistung, wie Aufnahme eines Darlehns, Dienstvertrag, Werkvertrag, gegeben, dann ist das Recht des Gesellschafters speziell kraft seiner Mitgliedschaft auf die Verwirklichung des Gesellschaftszweckes gerichtet. Er kann verlan-

gen, daß sämtliche Beiträge bestimmungsgemäß verwertet, in richtiger Weise zur Erzielung günstiger Ergebnisse eingesetzt werden.

Die gesellschaftliche Rechtsstellung gibt dem Einzelnen kraft seiner Mitgliedschaft auch das Recht auf Vollzug der eigenen Leistung, selbst mittätig zu sein. Dieses Recht ist durchaus verbandsrechtlicher Natur insofern, als das Rechtsprinzip der Verbundenheit den Einzelwillen als essentiellen Faktor in der Gesellschaftstätigkeit einschließt und ihm das Recht mitzuwirken gibt. Der Gesellschafter hat kraft seiner Mitgliedschaft ein Recht am Gesellschaftserfolg, durch die eigene Leistung mittätig zu sein. Das Recht und Interesse an der eigenen Leistung ist dem Recht und Interesse an den fremden Leistungen äquivalent. Der Gesellschafter vollzieht daher seine Leistung nicht nur in Erfüllung einer Pflicht, sondern in Ausübung eines Rechtes, das seiner Natur nach nicht begründet ist durch obligatorischen Vertrag, sondern durch die reale, aktive, zweckgerichtete Verbundenheit, die Mitgliedschaft. Die Mitgliedschaft gibt dem Gesellschafter ein Recht, gesellschaftlich tätig zu sein; er kann verlangen, daß ihm die ihm zustehende Tätigkeit eingeräumt werde. Während unter anderen obligatorischen Verhältnissen jeder Dienstpflichtige jederzeit seines Dienstes enthoben werden und selbst einem Prokuristen ohne weiteres die Tätigkeit entzogen werden kann, wirkt beim Gesellschafter wesentlich das Prinzip der Verbundenheit dahin, daß nur, wenn der Bestand der Gesellschaft und der Gesellschaftszweck durch Unfähigkeit usw. des Gesellschafters gefährdet ist, die Voraussetzungen zur Auflösung des Verbandsverhältnisses gegeben sind. Wo wie nach § 705 BGB gleichberechtigte und gleichgestellte Genossen sich zur Verwirklichung eines gemeinsamen Zweckes rechtswirksam einigen, entsteht für jeden ein Recht auf Bewirkung des Erfolges, mithin auch auf dessen selbsttätige und selbständige Verwirklichung. Das Recht auf die eigene Leistung ist also wesentlich Mitgliedschaftsrecht, ein charakteristischer Wesenszug des Gesellschaftsverbandes des BGB [44]).

### β) Das Kontrollrecht und Informationsrecht, § 716 BGB.

Das Kontrollrecht gegenüber der Geschäftsführung, ist das Recht, sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft zu unterrichten, die Geschäftsbücher einzusehen und sich aus ihnen eine Uebersicht über den Stand des Gesellschaftsvermögens anzuferti-

---

44) Wieland I, a. a. O. S. 468 ff.

gen. Dieses Recht steht auch den von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschaftern zu, denn es fließt aus dem Wesen der Gesellschaft als Gemeinschaftsverhältnis, sowohl in ihrer persönlichen Verbundenheit, als auch aus der Pflicht der gemeinsamen Förderung des Gesellschaftszwecks. Daraus, daß das Kontrollrecht, das offenbar den Zweck hat, dem Gesellschafter durch persönliches Sichunterrichten von dem Stand der Geschäfte Gelegenheit zu geben zu eigenem Eingreifen, in gleicher Weise dem geschäftsführenden wie dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter zusteht, ergibt sich auch für den letzteren nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, durch Benachrichtigung der geschäftsführenden Gesellschafter die nötigen Schritte zur Abwendung von Gefahren zu veranlassen, die er bei der Ausübung des Kontrollrechtes erkannt hat.

Das Informationsrecht. Reicht die Einsicht in die Bücher und Papiere infolge der Mangelhaftigkeit ihrer Führung nicht aus, um dem Gesellschafter ein klares Bild in die Führung eines Geschäftes für die Gesellschaft zu geben und ihm so eine sachgemäße Entschließung über weitere Maßnahmen in der Geschäftsführung zu ermöglichen, so ist ihm ein weiteres Mittel hierzu gegeben in dem Anspruch, von demjenigen, der ein Geschäft für die Gesellschaft besorgt, über den Stand des Geschäftes Auskunftserteilung und nach der Ausführung des Geschäfts Rechenschaftsablegung zu verlangen. Die Verpflichtung des geschäftsführenden Gesellschafters hierzu ergibt sich aus § 713 BGB, in dem die Anwendung der Vorschrift des für den Auftrag geltenden § 666 BGB für zulässig erklärt wird, soweit sich nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis ein anderes ergibt. Diese Verpflichtung besteht gegenüber demjenigen Gesellschafter, der das Verlangen auf Einsicht in die Bücher und Rechenschaftsablegung stellt. Kraft der gesellschaftlichen Verbundenheit, nach der jedem Gesellschafter ein Recht auf Vornahme sämtlicher Leistungen zusteht, die den Gesellschaftszweck verwirklichen, entspricht dem „Auftraggeber" des § 666 BGB jeder einzelne Gesellschafter. Es kann also jeder Gesellschafter den Anspruch auf Auskunftserteilung und Rechenschaftsablegung gegen den geschäftsführenden Gesellschafter geltend machen [45]).

Verbandsrechtlicher Charakter. Die Mitgliedschaft oder auch die Gesellschaft ist innere reale wirksame Verbundenheit in der Richtung des zu erreichenden Gesellschaftszweckes. Der Gesell-

---

45) RG 8. VI. 1907 und JW 1907, S. 522, vgl. Rathsburg, Geschäftsführung, Diss. Leipzig, 1909.

schaftszweck soll durch das Prinzip der aktiven Verbundenheit untereinander und Abhängigkeit voneinander und vom Ganzen erreicht werden. Es widerspricht dem Gesellschaftsprinzip, daß jeder tun kann, was er will; darum hat jeder dem anderen gegenüber die Pflicht der Verantwortlichkeit, sonst ist die gesellschaftliche Verbundenheit eine Illusion und zwecklos. In der Gesellschaft sollen die gemeinschaftlichen Angelegenheiten auch gemeinsam behandelt werden. Keiner erstrebt und erreicht für sich das Ziel isoliert, sondern nur mit und durch die anderen, durch gegenseitige Stützung und Ergänzung, durch wirkliches Zusammenarbeiten. Die Erreichung des Zweckes ist aber unmöglich, wenn nicht jeder seine Mitverantwortung als Gesellschafter mindestens durch ein Mitbeaufsichtigungsrecht oder ein Kontrollrecht zum Ausdruck bringen kann. Dieses Recht ist so wesentlich mit der Gesellschaft und der Mitgliedschaft gegeben, daß es einmal grundsätzlich und absolut nicht ausgeschlossen werden kann, daß, wie der Abs. 2 des § 716 bestimmt, eine dieses Recht ausschließende und beschränkende Vereinbarung seiner Geltendmachung selbst dann nicht entgegensteht, wenn Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht. Und weiter ruht dieses Recht so persönlich in der Mitgliedschaft, daß der Gesellschafter selbst dieses Recht weder an andere abtreten, noch es durch Stellvertreter — ausgenommen gesetzliche Stellvertreter — ausüben kann. Eine Bevollmächtigung Dritter ist ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter nicht gestattet (Knoke, Recht der Gesellschaft, a. a. O. S. 60; Geiler I. a. a. O. Anm. 125, S. 152). Es ist also eine unmittelbare Folge und Forderung des Verbandsprinzips, daß dem Gesellschafter unter allen Umständen irgend ein Einfluß auf die Geschäftsführung zusteht. Soll die Führung der Geschäfte durch einen Gesellschafter selbst besorgt werden, so muß sie jedem Mitgesellschafter geschuldet sein. Soll sie Drittpersonen obliegen, so müssen die bestellten Geschäftsführer (Angestellte, Direktoren) sämtlichen Gesellschaftern dienst- und rechenschaftspflichtig sein. Wohl braucht, sagt Wieland, auch der partiarisch Beteiligte die Angaben des Dienstherrn oder des Darlehnsempfängers über die Höhe des erzielten Gewinnes nicht ungesehen hinnehmen. Er darf deren Richtigkeit an Hand der Bilanz und, soweit erforderlich, der Geschäftsbücher nachprüfen. Allein den partiarisch Beteiligten gegenüber hat der Geschäftsherr bloß zu beweisen, daß der vorgegebene Gewinn dem wahren Gewinn entspricht, daß seine Gewinnquote richtig berechnet ist. Dem Mitgesellschafter aber hat der Gesellschafter Rechenschaft darüber abzulegen, daß die dem Unternehmen gewidmeten

Mittel richtig in der Richtung des Gesellschaftszweckes eingesetzt sind. Der Gesellschafter hat Anspruch auf vollständige Rechnungsstellung, auf Einblick in den gesamten Geschäftsbetrieb. Der partiarisch Beteiligte, Angestellter oder Darleiher, steht einem untüchtigen Geschäftsherrn wehrlos gegenüber. Er ist auf Auflösung des Dienstverhältnisses, auf Kündigung des Darlehens angewiesen. Der Gesellschafter dagegen kann die einem unehrlichen oder unfähigen Teilhaber zustehende Geschäftsführungsbefugnis nach § 712 BGB entziehen. Die Gesellschaft setzt daher Gleichberechtigung unter Teilhabern und das Recht gegenseitiger Kontrolle und Kritik voraus, was nur bei Rechtswirksamkeit des Verbandsprinzips erklärlich ist, d. h. bei rechtswirksamer grundsätzlicher Verbundenheit und Abhängigkeit voneinander und vom Ganzen. Die Regelung im Einzelnen mag in den einzelnen Gesellschaften verschieden ausfallen, als grundlegende Richtlinie ist aber festzuhalten, daß keine Gesellschaft völlig der Willkür der übrigen preisgegeben und jeder Einwirkung auf die gemeinsamen Angelegenheiten der Gesellschaft beraubt werden darf [46]).

### γ) Das Widerspruchsrecht, § 711 BGB.

In der logischen und praktischen Folge des Informations- und Kontrollrechtes des § 716 BGB liegt das Widerspruchsrecht des § 711 BGB.

Inhalt und Notwendigkeit. Durch Geltendmachung dieses Rechtes kann jeder geschäftsführende Gesellschafter die Vornahme einer Handlung durch einen anderen hindern ohne Rücksicht auf deren Dringlichkeit und ungeachtet des Umstandes, daß Gefahr im Verzuge sei oder die Vornahme die Erfüllung einer rechtlichen Verbindlichkeit bedeutet. Der Widerspruch ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, deren Wirksamwerden sich aus § 130 BGB ergibt. Sie ist an den Gesellschafter zu richten, der die betreffende Handlung vornehmen will. Auf das Recht des Widerspruchs kann nicht verzichtet werden. Das Widerspruchsrecht ist unentbehrlich, um zu verhindern, daß die Geschäfte von den Einzelnen nach ganz verschiedenen Gesichtspunkten geführt werden. Wenn jeder einzelne Geschäftsführer unumschränkter Herr des Unternehmens wäre, würde ein gedeihliches Zusammenwirken aller geschäftsführenden Mitglieder im Interesse des Gesellschaftszweckes u. U. überhaupt unmöglich werden [47]). Selbst

---

46) Wieland I, a. a. O., S. 469 ff.
47) Fiedler, Geschäftsführungsmacht, Diss. Leipzig, 1909.

wenn jemand mit unumschränkter Befugnis allein mit der Geschäftsführung betraut wäre, würde zwar für die anderen das Recht und die Pflicht entfallen, in den gemeinschaftlichen Angelegenheiten eine positive Tätigkeit zu entfalten, aber es würde unrichtig sein, wenn man annehmen wollte, daß sie sich in keinem Falle mehr um die Geschäftsführung zu kümmern brauchten. Sie bleiben verpflichtet von solchen Umständen, die den Gesellschaftszweck gefährden, den Geschäftsführer in Kenntnis zu setzen [48]).

Verbandsrechtliche Natur. Das Widerspruchsrecht ist Mitverwaltungs- und Bestandsschutzrecht [49]) zugleich; gegenüber dem im Gesetz ausgesprochenen Grundsatz, daß jedem einzelnen Gesellschafter die Geschäftsführungsmacht im vollen Umfang zusteht, erscheinen diese Schutz- und Vorsichtsmaßnahmen, wie sie im Informations-, Kontroll- und Widerspruchsrecht gegeben sind, dringend geboten, um nicht durch die Handlung eines Einzelnen die Gesellschaft u. U. in mehr oder minder gefährliche Geschäfte festzulegen. Dieses Widerspruchsrecht ist wie das Kontroll- und Informationsrecht ein unabdingbares Verbandsrecht, ein unmittelbarer Ausfluß der Mitgliedschaft, ja ein wichtiger Bestandteil der Geschäftsführungsmacht bezw. eine gewisse Beschränkung derselben.

### δ) Geschäftsführungspflicht und Geschäftsführungsrecht.

Die gesellschaftliche Geschäftsführung im Allgemeinen ist der Gesellschaft wesentlich. Sie ist die geordnete wirtschaftliche Tätigkeit der Gesellschaft zur Förderung und Erreichung des Gesellschaftszwecks. Darum ruht die Pflicht zur Geschäftsführung überhaupt auf der Verpflichtung der Förderung des Gesellschaftszwecks, denn dieser Gesellschaftszweck kann nicht erreicht werden ohne die gesellschaftliche Geschäftsführung. In dieser Wesensnotwendigkeit, insofern also Geschäftsführung vom Wesen und Bestand der Gesellschaft notwendig gefordert wird, ist sie verbands- und bestandsrechtlicher Natur. Insofern diese allgemeine Geschäftsführungspflicht noch außerdem, sei es durch Gesetz gefordert oder durch den Gesellschaftsvertrag ausdrücklich übernommen wird, trägt sie auch gesetzlichen und obligatorischen Charakter.

---

48) Knoke, a. a. O., S. 57 ff.

49) Ueber das gesellschaftliche Bestandsrecht und seinen verbandsrechtl. Charakter, vgl. unten Seite 129 ff.

Es ist zunächst zu unterscheiden zwischen der Geschäftsführung der Gesellschaft und derjenigen der einzelnen Gesellschafter.

Geschäftsführung der Gesellschaft. Die Geschäftsführung der Gesellschaft, d. h. Führung der Gesellschaft, ist mit dem § 709 Abs. 1 gesetzlich gegeben. Diese gesetzliche Notwendigkeit ist zugleich gefordert durch das Wesen der Gesellschaft selbst, durch die Pflicht der Gesellschafter zum gesellschaftlichen Handeln, das Gesellschaftsinteresse zu wahren und alles zu meiden, was diesem Interesse und der Erhaltung der Gesellschaft widerstrebt. Aus diesem Grunde ist ein Ausschluß sämtlicher Gesellschafter von der Geschäftsführung unmöglich, die Gesellschaft würde sich selbst aufheben. Die Gesamtheit der Gesellschafter kann vereinbaren und beschließen, daß die Geschäftsführung durch einen gemeinschaftlich Angestellten oder Beauftragten besorgt werde und keiner von ihnen sich in diese Geschäftsführung hineinmischen solle. Dadurch werden sie aber nicht gehindert, gemeinschaftlich in die Geschäftsführung einzugreifen. Ein solches Eingreifen kann notwendig werden, wenn der Beauftragte oder Angestellte sein Verhältnis zur Gesellschaft kündigt, oder, wenn es notwendig werden sollte, das Auftragsverhältnis anders zu regeln, z. B. an Stelle der bisher Beauftragten andere einzusetzen oder selbst gemeinsam die Führung der Geschäfte zu übernehmen[50]). In diesem Sinne ist also die Geschäftsführungspflicht und das daraus resultierende Geschäftsführungsrecht in irgend einer Form nicht nur eine positive gesetzliche Regelung, sondern ein Essentiale oder besser Integrale im Gesellschaftsbegriff des BGB, da es sich notwendig aus ihm selbst ergibt.

Einzelgeschäftsführung. Wie steht es mit der Geschäftsführungspflicht der einzelnen Gesellschafter? Es ist kein Zweifel, daß nach § 710 diese Frage vertraglich durch den Gesellschaftsvertrag geregelt werden kann und auch regelmäßig geregelt wird. Ist aber die Geschäftsführungspflicht auch ein Essentiale der Mitgliedschaft? Ist sie wesentliches Mitgliedschaftsrecht? Gewiß sind die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit wesentliche Träger der gesellschaftlichen Rechte und Pflichten; die Gesellschaft des BGB ist grundsätzlich auf Identität und Individualität der Gesellschafter aufgebaut. Darum haben die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter auch persönlichen Charakter. Die Gesellschaft ist ein Rechtsverhältnis und zugleich starkes persönliches Vertrauensverhältnis, daher die Haftung für konkrete Fahrlässigkeit (§ 708)

50) Knoke a. a. O. 61; Geiler I, a. a. O., Anm. 106, S. 130.

für die Sorgfalt wie in eigenen persönlichen Angelegenheiten; aber alles das begründet noch kein wesentliches Geschäftsführungsrecht bezw. -pflicht der Einzelnen, sondern nur ein wesentliches Einflußrecht der Mitgliedschaft auf die Geschäftsführung. Man kann aber sagen, daß, wenn durch Gesellschaftsvertrag oder Auftrag die Geschäftsführung einzelnen Gesellschaftern anvertraut werden soll, daß es sich hier nicht um eine eigentliche Uebertragung an bestimmte Einzelne handelt, sondern um eine Beschränkung der Geschäftsführung der Gesellschaft auf Einzelne[51]). In diesem Fall ist die Geschäftsführungspflicht der Einzelnen nicht losgelöst von der Geschäftsführungspflicht der Gesellschaft überhaupt und hat insoweit wesentlich mitgliedschaftsrechtlichen Charakter. Das Geschäftsführungsrecht der Einzelnen ist in diesem Sinne wesentliches Mitverwaltungsrecht.

Entziehbarkeit. Der verbandsrechtliche Charakter des Geschäftsführungsrechtes zeigt sich vor allem an dem Recht der Entziehbarkeit. Ist die Geschäftsführungsbefugnis dem Gesellschaftsverhältnis der Mitgliedschaft so wesentlich, daß sie nicht entziehbar ist? Es ist gar kein Zweifel, daß die Geschäftsführung entziehbar ist in den Fällen der §§ 710 und 712, dann nämlich, wenn es sich um die besondere Geschäftsführungsbefugnis handelt, d. h. wenn sie einem oder einzelnen Gesellschaftern oder allen Gesellschaftern einzeln durch Gesellschaftsauftrag ausdrücklich übertragen ist. In diesen Fällen gibt das Gesetz der Gesellschaft das Recht, ausnahmsweise unter gewissen Voraussetzungen den geschäftsführenden Gesellschaftern dieses Recht wieder zu entziehen. Eine solche Entziehung ist daher möglich in allen Fällen, in denen die Geschäftsführung anders als nach § 709 (Gesamtgeschäftsführung mit Einstimmigkeits- oder Mehrheitsprinzip) geregelt ist. Wir haben hier (§§ 710, 712) ein verbandsrechtliches Auftragsverhältnis.

Liegt aber der Fall des § 709 vor, der Fall der allgemeinen kollektiven Geschäftsführung, dann bildet die Geschäftsführung einen wesentlichen Teil des Gesellschaftsverhältnisses. Dann ist jede Aenderung in der Geschäftsführung eine Aenderung des Gesellschaftsverhältnisses, die nur mit Zustimmung aller Gesellschafter erfolgen kann. Dieser Anteil eines jeden Gesellschafters an der allgemeinen Geschäftsführung ist wesentliches und unentziehbares Mitgliedschaftsrecht und so untrennbar mit dem Gesellschaftsverhältnis, mit der Mitgliedschaft verbunden, daß hier eine

51) Fiedler, Die Geschäftsführungsmacht der OHG, Diss. Leipzig 1909, S. 23.

Aenderung ohne Zustimmung aller Gesellschafter nicht möglich ist. Es bleibt nur die Kündigung der Gesellschaft aus wichtigem Grunde (§ 723) oder die Ausschließung eines Gesellschafters aus der Gesellschaft gemäß § 737 BGB[52]).

Wie aber dieser mitgliedschaftsrechtliche Anteil an der allgemeinen Geschäftsführung dem einzelnen Gesellschafter nicht entzogen werden kann, sondern nur die darüber hinausgehende besondere vertraglich geregelte Geschäftsführung, so kann auch kein Gesellschafter, wenn die Geschäftsführung nach § 709 geregelt ist, sich der Beteiligung an dieser Geschäftsführung entziehen. Sonst könnte er ja durch sein passives Verhalten die Führung der Geschäfte, bei der doch im Falle des § 709 alle Gesellschafter mitzuwirken haben, sabotieren. Die Verpflichtung zur Mitwirkung ist daher ebenso wie die Berechtigung mit der Mitgliedschaft untrennbar verbunden. Sie ist zugleich ein Ausfluß der allgemeinen Wesensforderungen des § 705 BGB. Solange also für die Geschäftsführung die gesetzliche Regelung des § 709 BGB gilt, kann ein Gesellschafter seiner Pflicht zur Beteiligung an der Geschäftsführung nur dadurch ein Ende machen, daß er die Gesellschaft zur Auflösung bringt oder sonstwie seine Mitgliedschaft aufgibt[53]).

Wenn die Geschäftsführung abweichend von § 709 BGB so geregelt ist, daß die unmittelbare Mitwirkung eines Gesellschafters bei der Geschäftsführung nicht unbedingt erforderlich ist, weil z. B. Einzelbefugnis zur Geschäftsführung festgelegt ist, so ist auch dann in der Regel der Gesellschafter zur Uebernahme und Ausübung nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, wenn er nicht vertraglich ausdrücklich von der Verpflichtung zur Geschäftsführung entbunden ist[54]).

### b) Die Natur der gemeinschaftsbezogenen Mitgliedschaftsrechte im Allgemeinen.

*a*) Der allgemeine Charakter der Mitgliedschaftsrechte. Die Mitgliedschaftsrechte als Mitverwaltungsrechte sind teils Gestaltungsrechte, teils Machtbefugnisse. Kraft dieser Rechte, welche als „Rechte des rechtlichen Könnens" bezeichnet werden, kann der Gesellschafter in bestimmter Weise tätig werden, und in dieser Tätigkeit finden sie zugleich ihre Erfüllung. Sie können nur ausgeübt, aber im Allgemeinen nicht geltend gemacht werden; es sei denn, daß sie im Einzelfall doch zu einem bestimmten Anspruch

52) Geiler I, a. a. O., Anm. 116, S. 144.
53) Geiler I, a. a. O., Anm. 106, S. 130 ff.; Fiedler a. a. O., S. 41.
54) Geiler I, a. a. O., Anm. 106, S. 133.

führen. Kein anderer braucht mitzuwirken, damit der Erfolg eintrete. Sie werden eben durch die Ausübung verwirklicht. Das äußerste, was zur Behauptung dieser Rechte geschehen kann, ist die Feststellung des ausgeübten Rechtes. Die Ausübung erfolgt teils durch einseitiges Rechtsgeschäft, teils durch Rechtshandlung. Diese gemeinschaftsbezogenen Mitgliedschaftsrechte lassen sich weder in Geld ausdrücken noch in Geld verwerten. Sie sind notwendige Auswirkungen des Gesellschaftsverhältnisses und fallen unter die Dynamik des Verbandsprinzips und können nicht von der Mitgliedschaft getrennt werden, sie sind mit ihr notwendig verknüpft. Sie entstehen und endigen mit ihr und gehen mit der Gesellschaftereigenschaft auf den Erwerber der Mitgliedschaft über. Sie können auch nicht belastet werden, weil sie keine vermögenswerten Vorteile bieten, welche im Wege eines Pfand- oder Nießbrauchsrecht einem anderen als ihrem Inhaber zukommen können. Durch die Belastung wird der einen Person ein dingliches Recht an einem Rechtsobjekt eingeräumt, das einer anderen Person zusteht. Ein beschränktes dingliches Recht an einem gemeinschaftsbezogenen Mitgliedschaftsrecht ist eine Unmöglichkeit [55]).

*β*) Die Unübertragbarkeit der gemeinschaftsbezogenen Mitgliedschaftsrechte. Unter dem Formalprinzip der persönlichen Verbundenheit widerspricht grundsätzlich, wenn auch nicht wesensbegrifflich, der Natur der Gesellschaft ein Wechsel der Mitglieder. Dem Prinzip der persönlichen Verbundenheit ist es entgegen, daß ein Gesellschafter einen anderen an seine Stelle zum Gesellschafter machen kann oder einen Dritten in die Gesellschaft aufnehmen kann. Die Gesellschaft ist grundsätzlich auf der Identität und Individualität der Gesellschafter aufgebaut und darum haben die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter zugleich persönlichen Charakter. Dieses Prinzip der persönlichen Verbundenheit schafft ein starkes persönliches Vertrauensverhältnis. Ohne dieses starke persönliche gegenseitige Vertrauensverhältnis wäre ein gesellschaftliches Handeln, das der Gesellschaft wesentlich ist, praktisch nicht möglich.

Aber nicht nur die Stellung als Gesellschafter ist den einzelnen unmöglich zu übertragen, auch die einzelnen ihm als Gesellschafter zustehenden Ansprüche sind infolge der gesellschaftlichen Verbundenheit und individuellen Gebundenheit der Uebertragung entzogen. Nach § 717 BGB sind „die Ansprüche, die den Gesell-

55) R. Heinsheimer, Ueber die Teilhaberschaft, Diss. Heidelberg 1930, S. 51 f., 69; Geiler I, a. a. O., Anm. 90c, S. 112.

schaftern aus dem Gesellschaftsverhältnis gegeneinander zustehen, nicht übertragbar". Diese Unübertragbarkeit der aus dem Gesellschaftsverhältnis zustehenden Ansprüche, also der eigentlichen Mitgliedschaftsrechte, welche der Gesellschaft so wesentlich ist, daß eine gleichwohl erfolgte Abtretung nichtig ist, kann nur ihren Grund haben in der innerlichen Gebundenheit und gliedhaften Verknüpftheit mit den übrigen Gesellschaftern durch das Gesellschaftsverhältnis. Eine Uebertragbarkeit dieser Ansprüche würde die individualistische Isoliertheit von gegenüberstehenden Parteien eines individualrechtlichen Verhältnisses voraussetzen[56]). Es ist selbstverständlich, daß der Geschäftsführer der Gesellschaft seine Entschädigungs- und Auslagenansprüche an einen Dritten übertragen kann, oder daß der Gewinnanteil (§ 721, 722) oder der Liquidationsanteil abgetreten werden kann. Hier aber handelt es sich um die oben aufgeführten und im einzelnen behandelten Mitgliedschaftsrechte, die ihrem inneren Wesen nach vom Verbundenheitsprinzip getragen sind. Die Bestimmung des § 717 ist zwingendes Recht[57]).

Die Unübertragbarkeit ergibt sich auch aus dem Grunde, daß eine Uebertragbarkeit der Geschäftsführungsbefugnis für die Gesellschafter eine dinglich wirkende Beschränkung in der Verfügung über ihr Vermögen bedeuten würde. Dasselbe gilt vom Anspruch

---

56) v. Gierke, DPR III, S. 839.

57) „Kein Gesellschaftsvertrag kann bestimmen, daß der Gesellschafter z. B. seine Geschäftsführungsbefugnis auf Dritte übertragen kann. Die Geschäftsführungsbefugnis und die mit ihr verbundene Vertretungsmacht ist ein Recht des Gesellschafters in gesellschaftlichen Angelegenheiten gehört zu werden. Sie enthält das Recht, entweder mit oder ohne Zustimmung der übrigen geschäftsführenden Gesellschafter über das Gesellschaftsvermögen zu verfügen, im Namen der Gesellschaft zu kontrahieren, für sie zu erwerben und sie zu verpflichten. Nach § 168 II BGB ist jede Vollmacht frei widerruflich und nur eine solche Beschränkung der Widerruflichkeit ist gültig, die sich aus dem Rechtsverhältnis, welches der Vollmacht zugrunde liegt, ergibt. Deshalb ist auch die Vollmacht des geschäftsführenden Gesellschafters nur aus wichtigen Gründen widerruflich. Der Gesellschafter hat ein Interesse an der Erhaltung der Vollmacht, weil die Gesellschaftsinteressen seine Interessen sind und weil das Gesellschaftsvermögen sein Vermögen ist. Ein derartiges Interesse hat der Dritte nicht, weil er für die Gesellschaftsschulden nicht haftet, nicht Teilhaber des Gesellschaftsvermögens ist und seine Interessen nicht mit den Gesellschaftsinteressen zusammenfallen. In diesem Falle wäre die Beschränkung der Widerruflichkeit ungültig. Nach HGB § 52 ist die Prokura immer widerruflich und der Verzicht auf die Widerruflichkeit ungültig. Umso mehr muß diese Bestimmung auf die mehr ausgedehnte Vertretungsmacht des Sozius einer offenen Handelsgesellschaft Anwendung finden; auch sie kann einem Dritten nicht erteilt werden, denn ihre Erteilung ist ein Verzicht auf die Widerruflichkeit der Vollmacht" (Kinsberg, Die gesamte Hand im Gesellschaftsrecht, Diss. Leipzig 1912, S. 10).

auf Rechnungsablegung, auf Information und Kontrolle. Es kann sich niemand in rechtsverbindlicher Weise verpflichten, einem Dritten, der kein schutzwürdiges Interesse hat, Einsicht in die Vermögens- und Verwaltungsverhältnisse der Gesellschaft zu gewähren.

Alle diese Mitverwaltungsrechte sind so unlösbar mit dem Gesellschaftsverhältnis verbunden, daß eine Abtretung dieser Ansprüche an einen Dritten unzulässig ist. Sie sind integrierende Elemente des verbandsrechtlichen Gesellschaftsverhältnisses, die einer Abdingung nicht fähig sind.

### 3. Die vermögensrechtliche Mitgliedschaft.

1. Der Begriff des vermögensrechtlichen „Anteils".

Von „Anteil" ist in den folgenden Paragraphen des Gesellschaftsrechtes des BGB und der ZPO die Rede. BGB: §§ 719, 722. 725, 738, 739. ZPO: 859.

§ 719: „Ein Gesellschafter kann nicht über seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen verfügen; er ist nicht berechtigt, Teilung zu verlangen."

§ 722: „Sind die Anteile der Gesellschafter am Gewinn und Verlust nicht bestimmt, so hat jeder Gesellschafter ohne Rücksicht auf die Art und Größe seines Beitrags einen gleichen Anteil am Gewinn und Verlust. Ist nur der Anteil am Gewinn oder Verlust bestimmt, so gilt die Bestimmung im Zweifel für Gewinn und Verlust."

§ 725: „Hat ein Gläubiger eines Gesellschafters die Pfändung des Anteils des Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen erwirkt, so kann er die Gesellschaft ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen . . . Solange die Gesellschaft besteht, kann der Gläubiger die sich aus dem Gesellschaftsverhältnis ergebenden Ansprüche, mit Ausnahme des Anspruchs auf einen Gewinnanteil, nicht geltend machen."

§ 738: „Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, so wächst sein Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zu. Diese sind verpflichtet, dem Ausscheidenden die Gegenstände, die er der Gesellschaft zur Benutzung überlassen, nach Maßgabe des § 732 zurückzugeben . . . Dasjenige zu zahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit des Ausscheidens aufgelöst worden wäre . . ."

§ 739: „Der Ausscheidende hat den übrigen Gesellschaftern für den Fehlbetrag nach dem Verhältnis seines Anteils am Verluste aufzukommen."

ZPO § 859: „Der Anteil eines Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen einer nach § 705 BGB eingegangenen Gesellschaft ist der Pfändung unterworfen."

„Der Anteil eines Gesellschafters an den einzelnen zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen ist der Pfändung nicht unterworfen."

Aus dieser Zusammenstellung der gesetzlichen Vorschriften ergibt sich, daß der Anteilsbegriff kein eindeutiger ist.

a) Ganz allgemein ist „Anteil" das vermögensbezogene Mitgliedschaftsrecht, sei es am Gesellschaftsvermögen im Ganzen, sei es an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen, sei es am Gewinn bezw. am Verlust, sei es am Auseinandersetzungsguthaben.

b) Im besonderen nach seinem Rechtsinhalt und dem ihm zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis scheidet er sich in den Anteil: im objektiven Sinne und im subjektiven Sinne.

aa) Der Anteil im objektiven Sinne: Dieser Anteil im objektiven Sinne, d. h. nach seinem Rechtsinhalt, ist entweder eine aktuelle, eine potentielle oder eine ideelle Größe, also eine Größe, die entweder schon rechtlich existent ist oder erst rechtlich möglich oder die, sei es aus äußeren oder inneren Gründen, weder de iure noch de facto realisiert werden kann. Er ist

aktuell, realisierbar, wenn er bruchteilsmäßig verfügbar ist wie der Gewinnanteil, die Dividende, die zur Benutzung überlassenen Gegenstände oder das Liquidationsguthaben nach der Auflösung;

potentiell ist der Anteil, der actu nicht existiert, sondern nur potentiell der Möglichkeit nach vorhanden ist, insofern dieser Anteilswert unter gegebenen Voraussetzungen jederzeit durch das Auseinandersetzungsverfahren aktualisiert werden kann. Diese potentielle Wertquote, mag sie auch während des Bestandes der Gesellschaft zunächst nur im Bereich der Möglichkeit liegen, sie ist doch keine ideelle Größe, kein reines Gedankending, sondern etwas Reales, wenn auch nicht Existentes, da ihre Verwirklichung im Gesellschaftsvermögen ihr reales Fundament hat.

Ideell ist der Anteil, der weder de iure noch de facto realisiert werden kann, weil er sich als solcher nicht feststellen läßt. Der Anteil des Einzelnen an den einzelnen Gegenständen läßt sich, obwohl er als Berechtigung vorhanden ist, nicht aktualisieren, weil man den Berechtigungsinhalt nicht feststellen kann. Man kann für den Einzelnen nur den Berechtigungsinhalt am gesamten gemeinschaftlichen Vermögen feststellen.

bb) Der Anteil im subjektiven Sinne ist und kann verschieden sein, je nach dem Rechtsverhältnis, dem dieses Recht am Anteil entspringt, sei es das obligatorische des Gesellschaftsvertrages, sei es das dingliche des Eigentums, sei es das personen- oder verbandsrechtliche der Mitgliedschaft.

*α*) Anteile obligatorischer Natur sind alle unmittelbaren Ansprüche aus dem Gesellschaftsvertrage. Es gehören zu ihr die Ansprüche auf Gewinnanteil, auf die Liquidationsquote usw.

*β*) Anteile dinglicher Natur haben zur Grundlage das Eigentumsrecht der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen und den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen. Eigentliches dingliches Anteilsrecht besteht für die einzelnen Gesellschafter nur an den evtl. zur Benutzung überlassenen Gegenständen. Im übrigen besteht für die Einzelnen kein dingliches Recht am Gesellschaftsvermögen während des Bestandes der Gesellschaft. Rechtssubjekt, Alleineigentümer des Gesellschaftsvermögens und der dazu gehörenden Gegenstände ist der Personenverband der Gesellschafter, die Gesellschaft. Wenn der einzelne Gesellschafter in seiner Verbundenheit über das Gesellschaftsvermögen verfügt, übt er das Eigentumsrecht der Gesellschaft aus, nicht sein Eigentumsrecht. Eigentum ist Sachherrschaft mit dem absoluten Verbot gegen Dritte auf die Sache einzuwirken. Eigentümer des Gesellschaftsvermögens oder vielmehr der dazu gehörenden Gegenstände sind die Gesellschafter als Verbandseinheit. Die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit als Verbandseinheit haben die Sachherrschaft und das genannte Ausschlußrecht. Der Einzelne hat für sich kein Eigentumsrecht, weder am Gesellschaftsvermögen, noch an den einzelnen Gegenständen. Anders bei der Bruchteilsgemeinschaft, wo die vermögensrechtliche Individualsphäre des Einzelnen dem gemeinschaftlichen Vermögen gegenüber durch das kollektive Element nicht aufgehoben wird. Wieland I, a. a. O. S. 604, glaubt an ein Eigentumsrecht der einzelnen Gesellschafter auch bei Gesamthandsbindungen, weil die Ausschließlichkeit des Eigentumsrechts nur gegen Nichteigentümer, nicht aber gegen die Gesamthänder sich richte. Danach wäre der Gesamthänder im eigentlichen Sinne Miteigentümer und habe für sich ein dingliches Recht am Gesellschaftsvermögen, was m. E. abzulehnen ist. Er kann nur mit den übrigen verfügen, sonst ist ein Handeln überhaupt nicht rechtserheblich. Sein Handeln hat keinen sachenrechtlichen Wert, sondern nur eine verbandsrechtliche Bedeutung, mag es sich um eine Sache oder eine

Forderung handeln. Der Wesenszug der Ausschließlichkeit des Eigentums hat hier keinen Sinn.

Trotzdem kann man in gewissem Sinne von einem sachenrechtlichen Verhältnis der Einzelnen zum Gesellschaftsvermögen sprechen insofern, als die spezifische Gemeinsamkeit am Gesellschaftsvermögen, m. a. W. das Gesamthandseigentum, soweit Sachen in Frage kommen, den Einzelnen eine „dingliche" Anwartschaft auf das Auseinandersetzungsguthaben oder, präziser gesagt, eine sozialrechtliche Anwartschaft auf dingliche Rechte bei der Auseinandersetzung gibt.

γ) Anteile sozial- oder besser verbandsrechtlicher Natur haben zur Grundlage die Verbundenheit der Gesellschafter, das eigentliche Gesellschaftsverhältnis, die Mitgliedschaft. Der Anteil im verbandsrechtlichen Sinne ist unmittelbar mit der Gesellschafterstellung gegeben. Wir haben zu unterscheiden den verbandsrechtlichen Anteil als essentiales und als naturales Element.

Der verbandsrechtliche Anteil als essentiales Element ist das subjektive Recht des Gesellschafters, kraft seiner Verbundenheit und Mitgliedschaft über das Schicksal des Gesellschaftsvermögens mitzubestimmen. Es ist die auf der Verbundenheit beruhende Mit-Zuständigkeit des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen. Das Recht und die Fähigkeit zum Gesellschaftsvermögen liegt im Wesen der Gesellschaft des BGB selbst begründet. Die Mitzuständigkeit am Gesellschaftsvermögen fließt begriffsnotwendig aus der Verbundenheit, der Verbandseinheit. Sie ist unabdingbares begriffswesentliches Element der Mitgliedschaft. Dieser Anteil ist also das Recht der Mitgliedschaft schlechthin, die rechtliche innere notwendige Beziehung des Mitgliedes zum Gesellschaftsvermögen überhaupt. Dieses Recht hat keinen Vermögenswert, ist weder veräußerlich noch übertragbar, wie jedes andere strikte Mitgliedschaftsrecht, es fällt unter die Ansprüche des § 717 BGB.

Der verbandsrechtliche Anteil als naturales Element ist die unmittelbare vermögensrechtliche Beziehung des einzelnen Gesellschafters zum Gesellschaftsvermögen auf Grund des gesetzlichen, aber an sich abdingbaren Gesamthandsverhältnisses.

Dieser Anteil ist die bereits obengenannte sozial- oder verbandsrechtliche Anwartschaft auf dingliche Rechte infolge einer

künftigen Auseinandersetzung. Es ist der vermögensrechtliche Mitgliedschaftsanspruch am Gesellschaftsvermögen, der seinem Inhalt nach aktuell nicht existiert, wie bei der Bruchteilsgemeinschaft, und auch nicht während des Bestehens der Gesellschaft realisiert werden kann, sondern erst unter bestimmten Voraussetzungen nach Auflösung der Gesellschaft durch das Auseinandersetzungsverfahren. Er hat Vermögenswert und ist der Pfändung unterworfen. Seinem Inhalt nach ist er eine potentielle noch festzustellende Wertquote, welche weder de facto als solche existiert noch de iure hic et nunc wegen des zwingenden Teilungsverbotes (§ 719) realisiert werden kann. Selbst im Falle des Ausscheidens des Gesellschafters wird dieser Anteil rechtlich nicht existent, sondern er „wächst den übrigen Gesellschaftern an" (§ 738, Abs. 1). Es besteht wirtschaftlich eine Beteiligung, die sich an einer Verpflichtung der Gesellschaft auf Entrichtung einer Auseinandersetzungsquote äußert, wie wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre. Aber weder durch den Austritt noch durch den Eintritt eines Gesellschafters ergibt sich irgendwelche Strukturveränderung des Gesellschaftsvermögens.

### 2. Die gesetzliche Regelung des Anteilrechtes,

### a) § 719 BGB.

#### α) Das gesetzliche Verfügungsverbot.

Es handelt sich in § 719 um ein Verfügungsverbot während des Bestehens der Gesellschaft.

Das Verbandsprinzip informiert die Einzelwillen zu einem Rechtswillen, so daß innerhalb der Gesellschaftssphäre nicht mehr der Einzelwille, sondern nur der Gesamtwille herrscht und rechtlich maßgebend ist. Gemeinschaftsrechtlich wirkt sich diese Tatsache aus in der Abhängigkeit aller Einzelentscheidungen vom Gesamtwillen. Vermögensrechtlich wirkt er sich aus in der Rechtsfolge eines juristisch einheitlichen, geschlossenen, dem Zweck der Gesellschaft dienenden gemeinschaftlichen Sondervermögens. Diese den Einzelwillen ausschaltende Verbundenheit der Gesellschaft trennt die Gesellschaft wesentlich von der Bruchteilsgemeinschaft und der societas romana, in denen der Einzelne über die gemeinschaftliche Sache zu seinem Anteil frei verfügen kann. In der Gesellschaft entsteht durch das Verbandsprinzip ein unteilbarer Verbandswille, so daß naturgemäß ein vermögensberechtigter Einzelwille und Einzelanspruch ausgeschlossen ist. „Der Gesellschafter kann nicht über seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen und

an den einzelnen dazugehörenden Gegenständen verfügen." Die Verfügung über Anteile verträgt sich nicht mit der formellen Einheit des Rechtssubjekts, das allein vermögensrechtlich zuständig ist. Dieses Gebundensein an die Mitberechtigung der übrigen ist also keine vertragliche und keine nur gesetzliche Verfügungsbeschränkung von an sich geteilten Rechten an ideellen Quoten, sondern der naturgemäße Ausdruck der Einheit des Verbandswillens, die natürliche, wenn auch nicht notwendige Konsequenz des inneren gesellschaftlichen Strukturprinzips. So ist dieses allein Nichtverfügenkönnen und dieses nur mit anderen Verfügenkönnen bezw. dürfen ein naturales Verbandsrecht.

*β*) Der Anteil an den einzelnen Gegenständen.

Dieser Anteil ist subjektiv nur eine personenrechtliche Mitberechtigung und objektiv nur eine ideelle Größe ohne Realisierbarkeit. Zwingend ist darum der Rechtssatz, daß weder der Einzelne noch die Gesamtheit der Gesellschafter über den Anteil des Einzelnen an den einzelnen Gesellschaftsgegenständen verfügen kann; denn ein Anteil eines Einzelnen an einem einzelnen Gegenstande existiert nicht, weder de facto noch de iure. Ein Verfügen ist also gesetzlich und sachlich unmöglich. Es besteht zwar eine unmittelbare Mitberechtigung jedes Gesellschafters an jedem Gegenstand des Gesellschaftsvermögens, aber diese ist eine Mitberechtigung ohne bestimmten Inhalt. Die einzelnen Gegenstände unterliegen sowohl jeder für sich als auch in ihrer Gesamtheit der ungeteilten Gesamtzuständigkeit aller Gesellschafter. Es kann also auch nicht im Vertrag einer Gesellschaft dem einzelnen Gesellschafter gestattet werden, über seinen Anteil an den Gegenständen der Gesellschaft zu verfügen. Jede Verfügung des Einzelnen über einen Anteil an einem Gegenstande ist in sich unmöglich und nichtig, solange der Gegenstand zum Gesamthandsvermögen gehört (RG 93, 294), z. B. der Verkauf eines Anteils an einer zur Gesellschaft gehörenden Liegenschaft bleibt wirkungslos, auch wenn die anderen Gesellschafter sich einverstanden erklären würden. So kann z. B. auch keine Hypothek auf den Grundstücksanteil eines Gesellschafters eingetragen werden. Die Nichtigkeit wird natürlich durch den guten Glauben des Erwerbers an ein Miteigentum zu Bruchteilen nicht geheilt. Nur über die ganze Sache oder einen Bruchteil von ihr kann von allen Gesellschaftern zusammen verfügt werden[58]). Aus eben diesem Grunde kann auch die Gesamt-

58) M. Wolff, Sachenrecht, Anm. 88, Abs. 2.

heit der Gesellschafter über einen Anteil an einem einzelnen Gegenstand nicht verfügen. Ueber den ganzen Gegenstand oder einen Bruchteil kann die Gesamtheit und nur die Gesamtheit oder die von ihr ermächtigte Person verfügen.

γ) Der Anteil am Gesellschaftsvermögen im Ganzen.

Dem Gesellschafter ist nicht nur die Verfügung über seinen Anteil an den einzelnen Gegenständen des Gesellschaftsvermögens untersagt, er kann auch nicht — im Gegensatz zu der sonst auch nach dem Prinzip der gesamten Hand geregelten Erbengemeinschaft — über seinen Anteil an dem Gesamtvermögen verfügen. Schon aus äußeren wirtschaftlichen Zweckgründen, nämlich um das Vermögen für die Gesellschaftszwecke zu erhalten und dadurch die Erreichung des Endzieles, die neben der Arbeit auch das Kapital erfordert, zu erleichtern, ist um dasselbe gewissermaßen eine gesetzliche Klammer gelegt, die der einzelne Sozius, solange die Gesellschaft besteht, nicht willkürlich lösen kann[59]). Der innere Grund dieser gesetzlichen Beschränkung aber liegt in der spezifischen Verbandsstruktur (cf. p. 107 ff.) in der natürlichen inneren Dynamik des gesellschaftlichen Verbandsprinzips.

Es handelt sich in § 719 um die Anwartschaft auf das, was bei der Liquidation oder Auseinandersetzung dem Einzelnen aus dem Gesamtvermögen zusteht, um einen Anteil mit einem bestimmten oder bestimmbaren Inhalt. Das ist der natürliche und zunächst liegende Sinn des Anteils, der gestützt wird durch den nachfolgenden Satz: „Der Gesellschafter ist nicht berechtigt, Teilung zu verlangen." Es handelt sich also nicht um einen aktuell vorhandenen Teil oder Anteil, sondern um einen Anteil, der noch realisiert werden müßte, aber vom Einzelnen allein nicht realisiert werden kann, weil er hier und jetzt nicht unter seine Zuständigkeit fällt.

Daß der Einzelne über seinen Anteil am Gesamtvermögen im subjektiven Sinn, d. h. als Anwartschaft auf das zukünftige Guthaben bei der Auseinandersetzung, nicht verfügen kann, ist dispositives, nicht zwingendes Recht und hat nur die relative Unwirksamkeit einer gegenteiligen Verfügung zur Folge.

Daß eine Verfügung des Einzelnen über den Anteil am Gesellschaftsvermögen im objektiven Sinne als aktuelle Quote wie bei der Bruchteilsgemeinschaft während des Bestehens der Gesellschaft unmöglich ist, ist sachlich und rechtlich zwingender Natur, da ein

---

59) O. Müller, Die Haftung der Gesellschafter nach dem BGB, Diss. Leipzig 1903, S. 65.

solcher Anteil aktuell nicht existiert, dem Wesen der spezifischen Verbundenheit widerspricht und schon wegen des zwingenden Teilungsverbots nicht aktualisiert werden kann. Erlaubt und möglich ist erst die Verfügung nach der Auflösung der Gesellschaft. Dementsprechend und insoweit unterliegt der Anteil am Gesellschaftsvermögen auch der Pfändung. Kann der Anteil am Gesellschaftsvermögen als Inhalt des Auseinandersetzungsanspruches abgetreten werden, so kann er auch verpfändet werden. Zur Erwirkung der Verpfändung ist Anzeige an die Gesellschaft nicht erforderlich (RG 54, 414). Gilt die Regel des Ausschlusses der Verfügung über den Anteil am Gesellschaftsvermögen, so ist eine dagegen verstoßende Verpfändung nur relativ unwirksam und wird durch die Zustimmung der übrigen Gesellschafter geheilt.

*δ*) Das gesetzliche Teilungsverbot.

Kein Gesellschafter ist während der Dauer der Gesellschaft berechtigt, Teilung des Vermögens zu verlangen (§ 719, Abs. 1). Der Anteil eines ausgeschiedenen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen wächst ohne weiteres den übrigen Gesellschaftern zu (§ 738). Während bei der Gemeinschaft gemäß § 749 jeder Teilhaber jederzeit Aufhebung der Gemeinschaft und Teilung verlangen kann, ist bei der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft der Anspruch eines Einzelnen auf Teilung, und zwar sowohl bezüglich des Gesellschaftsvermögens im Ganzen, wie bezüglich der einzelnen Gegenstände, während des Bestehens der Gesellschaft einfachhin ausgeschlossen. Die bestehende Gebundenheit und Verbundenheit kann nicht auf Verlangen eines Gesellschafters während der Dauer der Gesellschaft aufgehoben werden. Dieser Ausschluß jedes Teilungsanspruches ist zwingendes Recht. Es kann auch im Gesellschaftsvertrag keine abweichende Regelung getroffen werden. Erst nach Auflösung der Gesellschaft hat jeder Gesellschafter Anspruch auf Teilung der Substanz. Wohl aber können auch vor Auflösung der Gesellschaft mit Zustimmung aller Gesellschafter einzelne Gegenstände des Gesellschaftsvermögens oder auch das ganze Vermögen zur Verteilung gebracht werden. Schutzbestimmungen für die Gesellschaftsgläubiger bestehen nicht[60]). Dieser unabdingbare gesetzliche Teilungsausschluß ist ein integrierendes Element im Gesellschaftsbegriff des BGB und in der Dynamik des Verbandsprinzips, eine bestandrechtliche Notwendgkeit.

---

60) Geiler I, a. a. O., Anm. 159, S. 197.

### b) § 725 BGB.

Auch hier ist der Anteil nichts weiter als die Anwartschaft auf das zukünftige Auseinandersetzungsguthaben, und zwar handelt es sich um diesen Anteil als Pfändungsobjekt. Das Pfändungsobjekt ist die Anwartschaft auf den Liquidationsanteil nach der Auflösung. Es ist der Anspruch auf das, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt. Dieses Pfändungsrecht an dem Anteil kann während des Bestehens der Gesellschaft wohl erwirkt, aber nicht geltend gemacht werden, weil es gebunden ist an die Gemeinschaft. Nur diese Anwartschaft oder auch dieses Recht auf einen zukünftigen Liquidationsanteil ist pfändbar, nicht ein aktueller oder potentieller Anteil, erst recht nicht ein Mitgliedschaftsrecht in striktem Sinne, da ja die aus dem Gesellschaftsverhältnis sich ergebenden Rechte des Gesellschafters für den Gläubiger nicht in Frage kommen (§ 717).

Der § 725 BGB ist einmal eine prozessuale Erleichterung, indem er die Pfändung des fälligen Gewinnanspruchs und aller noch zu erwartenden Gewinnansprüche und des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben in einem Akt ermöglicht. Und zweitens spricht er dem Gläubiger, der den Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben hat pfänden lassen, das Recht zu, dessen er zur Verwirklichung und Verwertung seines Rechtes bedarf, nämlich das Recht, die Gesellschaft zu kündigen. Dieses Recht steht dem Gläubiger aber nur dann zu, wenn er den Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben unter den im Gesetz bestimmten Voraussetzungen hat pfänden lassen. Beobachtet er die Voraussetzungen nicht, so entsteht zwar auch ein Pfandrecht an dem Anspruch, aber kein Kündigungsrecht des Gläubigers[61]).

### c) § 859 ZPO.

Der Anteilsbegriff des § 859 ZPO ist im selben Sinne zu verstehen. Der Anteil am Gesellschaftsvermögen ist pfändbares Rechtsobjekt. Der Anteil an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen kann natürlich nicht Pfändungsobjekt sein, da er überhaupt keinen realen Wert hat. Dieser Anteil hat nur ideellen Wert, der sich als solcher überhaupt nicht aktualisieren läßt.

Die Pfändung im § 859 ZPO beruht auf der realen Möglichkeit, durch Liquidation des Gesamtvermögens ein aktuelles Pfändungsobjekt zu schaffen.

---

61) R. Heinsheimer, a. a. O., S. 71 f.

d) § 738 BGB.

Im § 738 handelt es sich um den Anteil im objektiven Sinne als Rechtsinhalt der Anwartschaft. Nicht eine größere Möglichkeit auf einen Liquidationsanteil entsteht durch Ausscheiden eines Gesellschafters, sondern bei quantitativer und qualitativer Identität des Gesellschaftsvermögens entsteht eine Möglichkeit auf einen größeren Liquidationsanteil. Das ist der Begriff der Anwachsung. Dieses Recht auf Anwachsung, wie später noch weiter erörtert werden wird, ist verbandsrechtlicher Natur.

### 3. Die Natur der vermögensbezogenen Mitgliedschaftsrechte.

#### a) Individualrechtliche vermögensbezogene Mitgliedschaftsrechte.

*α*) Obligatorische Rechte; sie ruhen und wurzeln unmittelbar im Gesellschaftsvertrage: Ansprüche aus der Geschäftsführung, z. B. auf Erstattung von Auslagen oder Gewährung von Vorschuß (§ 713 BGB i. Verb. m. §§ 670/669 BGB). Ansprüche auf Gewinnanteile oder auf das, was nach der Auflösung der Gesellschaft den Einzelnen bei der Auseinandersetzung zufällt.

*β*) Dingliche Rechte; eigentliches dingliches Recht ist das Recht der Gesellschafter auf die Gegenstände, die sie bloß zur Benutzung in die Gesellschaft eingebracht haben.

Als individualrechtliche Ansprüche sind diese genannten gesellschaftsrechtlichen Vermögensrechte an sich den Verfügungen des einzelnen Gesellschafters unterworfen, soweit sie nicht zugleich verbandsrechtlich gebunden sind. Allerdings kann der gesellschaftsfremde Dritte durch ihren Erwerb keinerlei Mitverwaltungsrechte erwerben. Aber das ändert nichts an ihrer Natur, Objekt von Verfügungsgeschäften zu sein. Sie können auf Grund irgend eines Kausalgeschäftes durch Zessionsvertrag einzeln oder alle zusammen auf andere übertragen werden oder unter Lebenden kraft Gesetzes auf einen anderen übergehen, z. B. durch Bürgschaft. Ebenso können sie vererbt werden, sei es im Wege der gesetzlichen Erbfolge, sei es durch letztwillige Verfügung. Sie gehören zum Nachlaß und teilen dessen Schicksale. Sie können verpfändet werden. In allen Fällen finden die Vorschriften der Verfügung über Forderungen Anwendung. Diese individualrechtlichen, gesellschaftlichen Vermögensrechte stehen in keinem unmittelbaren, notwendigen, inneren Zusammenhang mit der Mitgliedschaft. Durch

ihren Verlust hört der Gesellschafter nicht auf, Gesellschafter zu sein, und der Erwerber tritt durch ihren Erwerb nicht in die Gesellschaft ein[62]).

b) Die verbandsrechtlichen Vermögensrechte.

*α*) Die essentiellen verbandsrechtlichen Anteile. Es sind solche, welche unmittelbar und notwendig mit der Mitgliedschaft innerlich verknüpft sind. Es sind die vermögensrechtlichen Mitverwaltungsrechte, die vermögensrechtlichen Mitbestimmungsrechte der Gesellschafter. Da diese Mitverfügungsrechte am Vermögen der Gesellschaft keine selbständigen unabhängigen Rechte des Gesellschafters sind, teilen sie auch nicht die Eigenschaften der individualrechtlichen Vermögensrechte, wie Uebertragbarkeit, Vererblichkeit usw.

*β*) Die naturalen verbandsrechtlichen Anteile. Dazu gehört die sozialrechtliche Anwartschaft des Einzelnen auf das Auseinandersetzungsguthaben nach Auflösung der Gesellschaft, ferner die Rechte und Pflichten, welche sich aus § 738 BGB für den Einzelnen aus der Anwachsung bezw. Abwachsung beim Ausscheiden bezw. Neueintritt eines Gesellschafters ergeben (vgl. oben 83 f.).

Im übrigen ist zu bemerken, daß die spezifische gesetzliche Geschlossenheit des Gesellschaftsvermögens kein Essentiale des Gesellschaftsbegriffs des BGB ist, sondern nur ein Konsequenz naturale, welches der Abdingung fähig ist. Die Nichtverfügbarkeit über das Gesellschaftsvermögen steht in keiner inneren notwendigen Wesensbeziehung zur Verbundenheit der Gesellschafter. Die spezifische gesetzliche Gesamthandsstruktur des Gesellschaftsvermögens folgt nur naturgemäß der Verbandseinheit der Gesellschaft, welche auch bei einer Bruchteilsberechtigung gewahrt bleiben kann. Die Auswirkung des Verbandsprinzips zur Gesamthand, speziell die Unverfügbarkeit über den Anteil am Gesellschaftsvermögen, ist eine nicht notwendige natürliche Rechtsfolge. Man kann daher nicht ohne weiteres von der Einheit eines gesellschaftlichen Rechtssubjekts auf die spezifische Gebundenheit und Geschlossenheit des Vermögens schließen. Die gesetzliche Gesamthandsbindung des Gesellschaftsvermögens ist keine innere notwendige verbandsrechtliche Folgerung, sondern eine nur natürliche Folgerung der Verbundenheit, sie ist nur dispositiver Natur.

62) R. Heinsheimer, a. a. O., S. 54.

## II. Das Verbandsprinzip als Organisationsprinzip.

Die Gesellschaft ist nicht bloß die Summe der Gesellschafter; sie ist eine Einheit. Sie hat nicht bloß eine äußere Einheit, getragen von Gesellschaftsvertrag und Gesellschaftszweck, sie hat nicht bloß Teleologie, sondern auch Entelechie, sie wird beherrscht von einem inneren Prinzip, dem Verbandsprinzip. Durch dieses innere Prinzip besitzt die Gesellschaft eine Einheit auf Grund innerer Bezogenheit des Ganzen auf sich selbst, und aller Teile auf das Ganze. Das Ganze, die Gesamtheit ist nicht bloß das Nebeneinander der Glieder, nicht bloß das Miteinander in gegenseitiger Abhängigkeit, sondern die Gesamtheit selbst ordnet und beherrscht die einzelnen Glieder, so daß die Ordnung vom Ganzen her ausgeht in wirksamer Ueberordnung und Unterordnung. Die gesellschaftliche Verbandseinheit in ihrer planmäßigen bewußten Zweckstrebigkeit ist zugleich und wesentlich eine über den Einzelnen stehende dynamische Einheit. Das Verbandsprinzip ist nicht bloß Verbundenheitsprinzip, es ist auch das Ordnungsprinzip der Gesellschaft, ihr Organisationsprinzip und darum wesentlich ein Rechtsprinzip, welches nicht nur die Rechte der Einzelnen zueinander, sondern auch die Rechte des Ganzen zu den Einzelnen wahrt. Die Dynamik des verbandsrechtlichen Organisationsprinzips als Prinzip der Ueberordnung und Unterordnung innerhalb des Verbandes findet ihren praktischen Ausdruck in der autoritären satzungsähnlichen Vereinbarung (Gesellschaftsvertrag im weitesten Sinne), in der autoritären Beschlußfassung und in der autoritären Geschäftsführung.

### 1. Die satzungsähnliche Vereinbarung.

Jeder Gesellschaft liegt eine außergesetzliche, frei vereinbarte Satzung, ein Statut, ein Gesellschaftsvertrag im weiteren Sinne zugrunde. Nur auf Grund einer solchen festgelegten, für alle gültigen, alle bindenden Vereinbarung ist eine einheitliche zweckgerichtete Willensbildung der einzelnen Gesellschafter, eine planmäßige Zielstrebigkeit im Hinblick auf die Erreichung des Gesellschaftszwecks auf die Dauer möglich. (Vgl. §§ 706, I, 709, II, 710, 711, 712, I, 714, 715, 722, I, 724, 730, II, 736, 737). Alle diese gesetzlichen Bestimmungen setzen eine innergesellschaftliche autoritäre Satzung, innergesellschaftliche Vertragsbestimmungen voraus. Da diese Satzungsbestimmungen in ihren speziellen Inhalten nicht das Wesen der Gesellschaft berühren und auf freier Vereinbarung beruhen, sind sie natürlich jederzeit der Abänderung seitens der Ge-

sellschaft unterworfen. Diese gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen der Satzungen sind allgemeine Grundsätze und Richtlinien für die gemeinschaftliche planmäßige Förderung des Gesellschaftszwecks, allgemeine Vorschriften über die Art der Geschäftsführung, spezielle Rechte und Pflichten der Einzelnen gegen die Gesellschaft usw. Die Bestimmungen in diesem Rahmen sind, analog gesagt, gleichsam das objektive innergesellschaftliche Recht, das sich die Gesellschaft bei ihrer relativen Autonomie selbst geschaffen. Sie sind der schriftlich niedergelegte Wille der Gesellschaft. Mit dem Entstehen der Gesellschaft durch die Einigung der Gesellschafter auf Grund des Gesellschaftsgründungsvertrages unterwirft sich der Einzelne durch Anerkennung dieser Bestimmungen als Ausdruck des Verbandswillens unter die Autorität der verbundenen Gesamtheit des Gesellschaftsverbandes. Damit ist mit Anerkennung und Unterwerfung unter diese Bestimmungen der Satzung ein wesentliches verbandsrechtliches Element gegeben: Die Abhängigkeit des Einzelnen vom Ganzen. Rechtskraft und Verpflichtung fließen unmittelbar aus dem Willen zur Gesellschaft, aus dem Verbandswillen, aus dem Verbandsprinzip, m. a. W. sie tragen verbandsrechtlichen Charakter.

### 2. Die Beschlußfassung.

Die verbandsrechtliche Abhängigkeit des Einzelnen vom Ganzen wird praktisch wirksam bei der Beschlußfassung in der Mitgliederversammlung.

a) Das Wesen der Beschlußfassung. Die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung sind, soweit sie sich in den Schranken des Gesetzes und der Vertragsbestimmungen halten, der Wille der Gesellschaft, der zu einer Gesamtheit verbundenen Gesellschafter. Mag der Beschluß der Mitgliederversammlung, sei es als Gesamtheitsbeschluß, sei es als Mehrheitsbeschluß, das Zusammenwirken materiell mehrerer Willenserklärungen sein, formell ist der Gesellschafterbeschluß keine mehrseitige, sondern eine einseitige Rechtshandlung. Er ist formell das Handeln der Gesellschaft als einer Rechtseinheit. Was dieser Rechtshandlung die spezifische Wirkung gibt, ist die Verbundenheit als rechtserhebliche Realität. Die Beschlußfassung ist ein wesentlich verbandsrechtlicher Akt, die rechtswirksame Handlung des Gesellschaftsverbandes als einer Rechtseinheit. Die Gesellschaftsbeschlüsse sind gesellschaftliche Rechtshandlungen. Eine Problematik über die juristische Konstruktion dieser Beschlüsse könnte nur dort entstehen, wo man an der obligatorischen Konstruktion der Gesell-

schaft festhalten will. Nur dann kann man sie auffassen als eine besondere Form mehrseitiger Rechtsgeschäfte, die neben den Verträgen stehen, oder als einen „Komplex", oder als eine „Mehrheit einseitiger Rechtsgeschäfte", als einen individualrechtlichen „Gesamtakt" oder als nichtvertragsmäßige „Vereinbarung". Die gesellschaftliche Beschlußfassung ist einheitlich in ihrem Rechtsgrund wie in ihrer Rechtswirkung. Es kommt bei den Gesellschaftsbeschlüssen bezüglich ihrer Rechtswirksamkeit nicht auf den materiellen gemeinschaftlichen Willen der Gesellschafter an, der ja abgeändert werden kann in einen Majoritätswillen, sondern das spezifische rechtswirksame Moment liegt in der Verbundenheit, da nur in der Verbundenheit die Rechtszuständigkeit sowohl gemeinschaftsrechtlich wie vermögensrechtlich gegeben ist.

Der Gesellschaftsbeschluß ist formell kein Gesamtakt, mag er fundamental und materiell es sein. Kunze (Festgabe der Leipziger Fakultät für O. Müller, 1892) nennt Gesamtakt „die rechtsgeschäftliche Beteiligung mehrerer, welche nicht als Parteien sich gegenüberstehen, sondern zusammen eine Partei bilden", oder „ein Rechtsgeschäft, an welches sich mehrere zusammen auf einer Seite beteiligen", z. B. die Bestellung eines Servituts durch die Miteigentümer eines Grundstücks. Schon dieses Beispiel allein zeigt genügend den Gegensatz zur Gesellschaft als Rechtseinheit. Der Beschluß der Gesellschaft, ein Grundstück aufzulassen, ist kein Gesamtakt, sondern ein Verbandsakt; wohl kann man den faktischen Vollzug der Auflassung im Grundbuch einen Gesamtakt nennen, nicht aber den formellen Rechtsakt[63]).

Der Gesellschaftsbeschluß ist auch keine Vereinbarung oder gar Vertrag. Wohl liegt im Gesellschaftsvertrage eine Vereinbarung, daß im gesellschaftlichen Handeln der Gesellschaftsbeschluß, sei es als Einstimmigkeits-, sei es als Majoritätsbeschluß, rechtlich bindend sein soll, der Beschluß selbst ist das einfache Handeln des Gesellschaftsverbandes. Und dieses Handeln der Gesellschaft ist nicht eine Subsumption des Gesellschaftsvertrages, sondern ebenso wie die Gesellschaftereinigung im Gründungsakt der Gesellschaft ein neues und selbständiges Handeln, das in seiner Pflichtmäßigkeit und Rechtswirksamkeit den Gesellschaftsvertrag nur als wesentliche Voraussetzung und Bedingung, aber nicht als Formalprinzip einschließt[64]). Hat der Beschluß einstimmig

63) Ph. Heck, Gesellschafterbeschlüsse und Willensmängel bei der Gesellschaft des BGB in der Festschrift für O. Gierke 1911, S. 347 ff.

64) Ph. Heck, a. a. O. S. 356 ff.

zu erfolgen, so könnte man, sagt Affolter, zur Not noch annehmen, daß er nichts anderes sei als ein Vertrag. Der Mehrheitsbeschluß bietet aber für die Annahme eines Vertrages unüberwindliche Schwierigkeiten. Man kann nicht sagen, der einzelne Gesellschafter sei vertraglich verpflichtet, Majoritätsbeschlüsse gegen sich gelten zu lassen, die Kraft letzterer leite sich aus einer vertraglichen Verpflichtung ab. Es kann sich um nichts anderes handeln, als um Unterwerfung unter den Willen eines Organs, des Organs der Gesellschafterversammlung. Die Gesellschaft ist also nicht bloß individualistisches Rechtsverhältnis, sondern sie ist auch eine Organisation, d. h. sie ist ein zweckbestimmtes, planmäßig geordnetes und in sich gegliedertes soziales Ganze. Sie hat ein Organ, das über den einzelnen Gesellschaftern steht und diese einheitlich zu verpflichten vermag. Eine Organisation ist aber nur möglich als Werk einer Verfassung, d. h. einer verbandlichen Grundordnung, einer Ueber- und Unterordnung auf Grund einer autoritären gemeinsamen Willensbildung, nicht eines Vertrages. Die Organisation mag sich bei den übrigen Verbänden als eine ausgebildetere und verzweigtere zeigen, ein wesentlicher Unterschied besteht nicht [65]).

b) Die Gesamtbeschlußfassung. Die Beschlußfassung ist das erste und höchste entscheidende verbandsrechtliche Mittel der gemeinschaftlichen Verbandstätigkeit, denn nur durch sie kann die Gesellschaft ihren Willen zum Ausdruck bringen. Durch Beschluß, wenn er eine Wahl ist, wird das ausführende Organ der Gesellschaft geschaffen; wenn er ein Verwaltungsbeschluß ist, ein Imperativ ausgestellt, welcher als Wille der Gesellschaft gilt und von den Gesellschaftern sowie von den ausführenden Organen zu befolgen ist. Darum wendet sich der Beschluß an die Mitgliedschaft, an die verbundenen Gesellschafter selbst. Zu allen Willensbildungen und Willenserklärungen, die nicht zur Geschäftsführung gehören, bedarf es eines beschlußmäßigen Zusammenwirkens; diese Beschlußfassung kann sich bei der Gesellschaft formlos vollziehen. Derartige Gesellschaftsbeschlüsse kommen vor allem in Betracht für alle Geschäfte und Akte, welche die Grundlagen der Gesellschaft betreffen, insbesondere für alle Aenderungen der Satzung und des wesentlichen Inhalts des Gesellschaftsvertrages, ferner für die Umgestaltung der Geschäftsführungsregelung, z. B. zur Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis, ferner für die Auflösung der Gesellschaft [66]).

65) Affolter, a. a. O., S. 242.
66) Geiler I, a. a. O., Anm. 126, S. 155

c) Die Mehrheitsbeschlußfassung. Da nach § 709 BGB in der Gesellschaft das Majoritätsprinzip aufgestellt werden kann, so können die Entscheidungen über die Gesellschaftsangelegenheiten einer Versammlung der Mitglieder übertragen werden, in welcher die Mehrheit der Erschienenen entscheidet. In der Gesellschaft ist in der Regel nur die Geschäftsführung der Majorität unterworfen. Aber es steht nichts im Wege, die Majoritätsherrschaft weiter auszudehnen, so daß sie sich auch auf die Grundlagen der Gesellschaft bezieht, insbesondere die Abänderung des Gesellschaftsvertrages umfaßt. Die Möglichkeit einer Satzungsänderung durch Mehrheitsbeschluß wird bei der Gesellschaftsgründung fast immer ausgesprochen oder stillschweigend gewollt sein. Ist über die dazu erforderliche Majorität nichts gesagt, so wird man nach Analogie von § 32 BGB zwei Drittel Majorität verlangen dürfen, denn es ist nicht anzunehmen, daß das Gesetz bei vereinsähnlichen Gesellschaften den Minoritätsschutz für weniger notwendig hält als bei rechtsfähigen Vereinen[67]).

In der Organisation hat die Gesellschaft durch den Gesellschaftsvertrag grundsätzlich freie Hand. Die besondere Struktur der subjektiven Verbundenheit wird die Führung der Geschäfte der Gesellschaft, welche an sich den Gesellschaftern gemeinschaftlich zusteht, bei einer größeren Gesellschafterzahl einem Geschäftsführer, die oberste Entscheidung in den gemeinschaftlichen Angelegenheiten dem Mehrheitsbeschluß der Mitglieder vorbehalten (§§ 709/710). Die Beschlußfassung kann und wird sie, anstatt es bei der Entscheidung durch die Stimmen der Mehrzahl aller Gesellschafter (§ 709, Abs. 1) zu belassen, einer gehörig zu berufenden Mitgliederversammlung anvertrauen, deren Beschluß die Nichterschienenen bindet. Das Stimmrecht und das Stimmgewicht, die Art der Verhandlung und die Stimmabgabe, die Berechnung der Mehrheit, die Anforderung an die Beschlußfähigkeit der Versammlung, das Erfordernis verstärkter Mehrheit für besonders wichtige Beschlüsse usw. kann sie frei nach den Bedürfnissen der jeweiligen Gesellschaft ordnen. Daß der Mitgliederversammlungsbeschluß auch mit der Macht zur Abänderung der Satzung und zur Verfügung über den Bestand der Gesellschaft ausgerüstet werden kann, unterliegt keinem Zweifel[68]). Man kann sagen, von der Gesellschaft, was Gierke von der Gemeinschaft zur gesamten Hand

---

67) v. Thur, Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechtes, Leipzig 1910, S. 575.

68) v. Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit, 2. Aufl., 1902, S. 13.

im allgemeinen sagt: „Die Gesellschaft des BGB ist eine Gemeinschaft, bei der die verbundenen Personen insgesamt zur aktiven Mitträgerschaft der Gesellschaftssphäre berufen sind. Hier kommt die Personeneinheit in der Gesamtheit zur rechtlichen Erscheinung. Nach innen ist es ihr Gesamtwille, der als einheitlicher Gesellschaftswille herrscht. Nach außen ist es die Gesamtheit, die in einheitlicher Weise berechtigt und verpflichtet ist und handelnd auftritt. Hiermit ist die Erhebung eines Teilhabers zum Gemeinschaftshaupt (Geschäftsführer) keineswegs unvereinbar. Nur muß der Gesamtheit grundsätzlich die oberste Stelle gewahrt sein, so daß über der einseitigen Herrschaftsgewalt des Hauptes die Herrschaft des Gesamtwillens steht und trotz aller Vertretungsmacht des Hauptes die volle Darstellung der Gemeinschaft nur durch alle insgesamt stattfindet“ [69]).

### 3. Die Geschäftsführung.

a) Begriff und Umfang der Geschäftsführung.

Wie jeder Zweck läßt sich der Zweck der Gesellschaft nur dadurch erreichen, daß ein gewisses Maß von Arbeit geleistet wird. Es genügt nicht, daß zur Erreichung des Zweckes Kapitalien zur Verfügung gestellt werden, es muß damit gewirtschaftet werden, sonst bleibt es totes Kapital. Die Tätigkeit, die notwendig ist, um auf der durch die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages oder der Satzungen gegebenen Basis die Erreichung des Zweckes zu ermöglichen, also die leitende wirtschaftliche Tätigkeit zur Verwirklichung des Gesellschaftszweckes ist die Geschäftsführung.

Die Geschäftsführung hat es immer nur mit Handlungen zu tun, die im Rahmen des bestehenden Gesellschaftsverhältnisses erforderlich werden. Eine Abänderung der Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, der satzungsmäßigen Vereinbarungen, der Grundlage des ganzen Verhältnisses ist kein Akt der Geschäftsführung, dazu sind nur sämtliche Gesellschafter durch Beschlußfassung befugt [70]). Die Geschäftsführung ist eben das unmittelbare wirtschaftliche Handeln der Gesellschaft. Sie setzt also die konstituierte Gesellschaft voraus, da niemand eher handeln kann, als er da ist. Daraus folgt aber, daß alle Maßnahmen, die das Wesen der Gesellschaft selbst berühren, ihre Gründung, ihre Zusammensetzung, die Festsetzung ihrer Satzungen nicht Akte der

69) v. Gierke, DPR III, a. a. O., S. 664.
70) Knoke, a. a. O., S. 55.

Geschäftsführung sind, ebensowenig wie die auf die Auflösung der Gesellschaft gerichteten Handlungen. Im Einzelnen erstreckt sich die Geschäftsführung:

auf die Vorbereitung und die Abwicklung derjenigen Geschäfte, zu deren Zweck die Gesellschaft errichtet ist, weiter

auf die Einbringung, Verwaltung und Erhaltung des Gesellschaftsvermögens, und zuletzt

auf die Führung von Rechtsstreitigkeiten der Gesellschaft gegenüber Gesellschaftern oder Dritten, die sich aus den beiden genannten Arten der Geschäftsführung ergeben[71]).

b) Das Wesen der gesellschaftlichen Geschäftsführung.

Um den verbandsrechtlichen Charakter der gesellschaftlichen Geschäftsführung klar herauszustellen, sind notwendig einige Unterscheidungen:

*α*) Nach dem Subjekt: gesellschaftliche und nichtgesellschaftliche Geschäftsführung.

Das BGB spricht in vier Fällen von einer Führung und Besorgung von Geschäften:

§ 662: hier handelt es sich um die Besorgung eines von dem Auftraggeber dem Beauftragten übertragenen Geschäfts für den anderen.

§ 675: Geschäftsbesorgung, die den Gegenstand eines Dienst- oder Werkvertrags bildet.

§ 677: Besorgung von Geschäften für einen anderen ohne Auftrag von diesem oder ohne sonstige Berechtigung diesem gegenüber.

Diesen drei Arten der nichtgesellschaftlichen Geschäftsführung steht die gesellschaftliche gegenüber in

§ 709: Führung der Geschäfte einer Gesellschaft durch die Gesellschaft, d. h. durch die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit im Rahmen ihres Gesellschaftsverhältnisses.

*β*) Nach dem Formalprinzip: Formelle gesellschaftliche und materielle gesellschaftliche Geschäftsführung.

Materielle gesellschaftliche Geschäftsführung kann jede Tätigkeit rechtlicher und tatsächlicher Art sein, die die Gesellschaftsangelegenheiten berührt, sei es eines Gesellschafters, sei es eines Dritten, sei es mit Auftrag, sei es ohne Auftrag.

---

71) Rathsburg, Die Geschäftsführung der OHG, Diss. Leipzig 1909. S. 21.

Formelle gesellschaftliche Geschäftsführung ist die Geschäftsführung der Gesellschaft selbst auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses kraft der inneren Verbundenheit zur Verwirklichung des Gesellschaftszwecks.

γ) Nach dem Terminus: innere gesellschaftliche und äußere gesellschaftliche Geschäftsführung, je nachdem die Geschäftsführung das Verhältnis zur Gesellschaft selbst oder zu Dritten berührt. Gesetzlich bezieht sich der Geschäftsführungsbegriff nur auf das Verhältnis zur Gesellschaft und steht im Gegensatz zu dem Verhältnis der Geschäftsführung nach außen, die das Gesetz als Vertretung bezeichnet.

Für uns handelt es sich um die formelle gesellschaftliche Geschäftsführung der Gesellschaft, sei es nach innen, sei es nach außen.

δ) Nach dem Materialobjekt: Um das Wesen der gesellschaftlichen Geschäftsführung hervortreten zu lassen, hebt Schafheutle (a. a. O. S. 28) folgende Unterscheidungen hervor. Er sagt, der Mensch kann zur Verfolgung seiner Zwecke eine Tätigkeit in verschiedener Weise entfalten: Erstens

er bleibt selbst Herr der Geschäfte. Es ist eine Tätigkeit in eigenen Angelegenheiten, es ist eine Geschäftsführung für sich selbst. Zweitens

der Mensch verpflichtet sich die Dienste anderer, so daß er ausschließlich die Verrichtungen der anderen bestimmt. Von Seiten des Dienstverpflichteten stellt sich diese Tätigkeit als Geschäftsführung in fremden Angelegenheiten, als Besorgung fremder Geschäfte dar. Drittens

der einzelne Mensch begibt sich seiner Selbständigkeit. Herr der Geschäfte ist nicht der Einzelne, sondern die Gesamtheit. Der Einzelne wird der Gesamtheit für die in den Gemeinschaftskreis fallenden Tätigkeiten verantwortlich. Diese Tätigkeit ist eine Geschäftsführung weder in eigenen (privaten) noch in fremden, sondern in gemeinsamen Angelegenheiten.

Dieser Begriff der Geschäftsführung mit bloßer Rücksicht auf das gemeinsame Objekt dürfte für den gesellschaftlichen Geschäftsführungsbegriff nicht genügen. Diese Tätigkeit in gemeinsamen Angelegenheiten könnte auch der von der Geschäftsführung ausgeschlossene Gesellschafter ausüben, oder durch eine Geschäftsführung ohne Auftrag ausgeübt werden. Die gesellschaftliche Geschäftsführung fordert auch den Charakter der Gemeinsamkeit im Subjekt und im Prin-

zip und nicht nur im Objekt, m. a. W. es muß in der gesellschaftlichen Geschäftsführung liegen

ein Handeln der Gesellschaft,

kraft ihrer Verbundenheit auf Grund ihres Gesellschaftsverhältnisses,

im Rahmen des Gesellschaftszweckes, d. h. in gesellschaftlichen Angelegenheiten, m. a. W. die Gesellschaft muß Subjekt, Objekt und Prinzip sein.

Ein Handeln der Gesellschaft. § 709 Abs. 1 stellt daher die Regel auf, daß die Geschäftsführung grundsätzlich sämtlichen Gesellschaftern gemeinschaftlich zustehen soll. Jede Handlung bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung aller Gesellschafter. Selbst für den Fall, daß Gefahr im Verzuge ist, ist keine Ausnahme gemacht. Hat ein Gesellschafter in Angelegenheiten für die Gesellschaft gehandelt, ohne sich der Zustimmung der übrigen zu vergewissern, so ist die Handlung für die Gesellschaft unverbindlich, es kann nur möglicherweise nach den Grundsätzen über die Geschäftsführung ohne Auftrag für sie Genehmigung verlangt werden. Hat ein Gesellschafter seine Zustimmung verweigert, so hat die Handlung zu unterbleiben, auch wenn sie noch so zweckmäßig erscheint.

Auch ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter und trotz ihrer Verweigerung darf jeder solche Maßregeln vornehmen, welche zur Erhaltung eines gemeinschaftlichen Gegenstandes notwendig sind. Dieses folgt aus § 744 BGB. Dieser Paragraph bezieht sich freilich nur auf die Rechtsgemeinschaft nach Bruchteilen; das Recht, welches hier den Teilhabern beigelegt ist, ist aber unbedenklich a fortiori bei der Gesellschaft zu gewähren, weil hier die einzelnen ein viel engeres Band umschlingt[72]).

Die Vorschrift des § 709 Abs. 1 bezüglich der Art der Geschäftsführung ist dispositiver Natur. Sie kann durch den Gesellschaftsvertrag (Satzung) oder durch einen Nachtrag zur Satzung anders gestaltet werden: etwa daß eine Mehrheit entscheiden soll und in welcher Weise der Mehrheitsbeschluß zustande kommt, oder daß jeder einzelne für sich bestimmt sein soll, die Geschäfte zu führen, ohne mit den anderen ins Einvernehmen zu treten. In jedem Fall steht aber jedem kraft seiner Mitgliedschaft das Recht des Widerspruchs zu. Auf dieses Widerspruchsrecht kann nicht verzichtet werden, es ist unentbehrlich, da es verhindert, daß die Geschäfte von den Einzelnen nach ganz verschiedenen Gesichts-

72) Knoke, a. a. O., S. 56.

punkten geführt werden. Selbst wenn jemand mit unumschränkter Befugnis allein mit der Geschäftsführung betraut wäre, würde zwar für die anderen das Recht und die Pflicht entfallen, in den gemeinschaftlichen Angelegenheiten eine positive Tätigkeit zu entfalten, aber es wäre verfehlt, anzunehmen, daß sie sich in keinem Falle mehr um die Geschäftsführung zu kümmern brauchten. Sie bleiben verpflichtet, von solchen Umständen, die den Gesellschaftszweck gefährden, den Geschäftsführer in Kenntnis zu setzen (Knoke a. a. O. 57).

Ein Handeln der Gesellschaft kraft ihrer Verbundenheit, auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses. Die gesellschaftliche Geschäftsführung ist bei der Gesellschaft des BGB stets Ausfluß der Mitgliedschaft. Sie kann nicht von dieser getrennt werden; sie ist immer ein Teil des Gesellschaftsverhältnisses, sie ist originäres gesellschaftliches Mitverwaltungsrecht und gehört zu den gemeinschaftsrechtlichen Beziehungen, die aus der Gesellschaft als Gemeinschaftsverhältnis, als Verband entstehen. Aus diesem Grunde kann die gesellschaftliche Geschäftsführung, als solche nicht von den Gesellschaftern einem Dritten übertragen werden. Das Nähere ist oben unter Geschäftsführung als Mitgliedschaftsrecht bereits erörtert (vgl. S. 74 ff.).

Ein Handeln im Rahmen des Gesellschaftszweckes, denn das Gesellschaftsverhältnis und die gesellschaftliche Tätigkeit will den Gesellschaftszweck verwirklichen. Es muß sich um die gemeinsamen Gesellschaftsangelegenheiten handeln, d. h. um die Angelegenheiten, die in die Rechtszuständigkeit der Gesellschaft fallen, und das sind jene, die satzungsgemäß der Verwirklichung des Gesellschaftszwecks dienen.

Dieser für die Gesellschaft spezifische Geschäftsführungsbegriff macht eine weitere Unterscheidung notwendig:

ε) Nach dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis nämlich: Geschäftsführung auf Grund des mitgliedschaftlichen Mitverwaltungsrechtes und Geschäftsführung auf Grund eines Auftrages an einzelne Gesellschafter zur Vornahme von Gesellschaftsgeschäften. Hier ist wieder zu scheiden: Innenverhältnis und Außenverhältnis.

Innenverhältnis. Im Falle der Geschäftsführung durch Auftrag an einzelne Gesellschafter liegt nur ein in Ausübung der Geschäftsführungsbefugnis einem Gesellschafter erteilter Auftrag vor, und es finden die Regeln des Auftrags Anwendung. Dieser Auftrag ist an sich ohne weiteres natürlich widerruflich.

Entscheidend ist hier, ob die Befugnis dem Gesellschafter als Mitgliedschaftsrecht übertragen ist und damit einen Teil des Gesellschaftsverhältnisses selbst bildet, oder ob sie dem Gesellschafter unter dem Gesellschaftsverhältnis als besonderer Auftrag von dem oder den geschäftsführenden Gesellschaftern erteilt ist[73]).

Die Geschäftsführungsfrage im spezifischen Sinne ist keine obligatorische Auftragsfrage, sondern eine durch das Statut der Gesellschaft festgelegte Organisationsfrage, m. a. W.: das Verhältnis zwischen einem geschäftsführenden Gesellschafter und den übrigen Gesellschaftern ist nicht Auftragsverhältnis obligatorischer Art, sondern wesentlich verbandsrechtlicher Art. Es finden aber gemäß § 713 BGB auf dieses Verhältnis die Auftragsregeln der §§ 664—670 BGB entsprechende Anwendung. Bei dieser Anwendung gibt der verbandsrechtliche Charakter der gesellschaftsrechtlichen Geschäftsführung den Ausschlag. Danach darf die Geschäftsführung im Zweifel nur in Person ausgeübt werden (§ 664 BGB) und er darf von den Weisungen des Gesellschaftsvertrages nur abweichen, „wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß die übrigen Gesellschafter bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würden" (§ 665 BGB). Der Geschäftsführer ist jederzeit verpflichtet, „auf Verlangen der übrigen Gesellschafter über den Stand der Geschäfte Auskunft zu geben". Er ist zur Rechenschaftsablegung verpflichtet allen Gesellschaftern gegenüber, wobei jeder einzelne Rechnungsablegung verlangen kann (§ 666 BGB). Diese Pflicht hat er auch dann, wenn die Gesellschafter nach § 716 auf das Kontrollrecht verzichtet haben (RG in JW 1912, 193 Nr. 13). Ferner hat der Geschäftsführer alles, was er infolge der Geschäftsführung erlangt, in das Gesellschaftsvermögen zu überführen (§§ 667, 668 BGB). Für die zur Geschäftsführung erforderlichen Aufwendungen kann der Geschäftsführer Vorschuß verlangen, aber nur aus dem Gesellschaftsvermögen, einschließlich der etwa noch ausstehenden Beträge, nicht aber aus dem Privatvermögen der Gesellschafter (§ 669 BGB). Er hat Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf (§ 670 BGB). Auch diesen Anspruch kann er während der Dauer der Gesellschaft nur soweit wirksam geltend machen, als das durch etwa noch rückständige Beiträge ergänzte Gesellschaftsvermögen hierzu ausreicht. Das Privatvermögen der Gesellschafter ist ihm auch dann verschlossen, wenn das Gesellschaftsvermögen zu seiner Befriedigung

---

73) Geiler I, a. a. O., Anm. 106, S. 129.

nicht ausreicht oder überhaupt nicht mehr vorhanden ist. Es bleibt ihm dann nichts anderes übrig, als zu warten, bis sich die finanzielle Lage der Gesellschaft bessert oder es zur Auflösung und Auseinandersetzung kommt, die er möglicherweise durch Kündigung herbeiführen kann. Nimmt er Vorschuß für seine Verwaltungstätigkeit aus seinem eigenen Privatvermögen, so steht er als Dritter der Gesellschaft gegenüber, wie jeder andere Privatgläubiger, und ihm steht zur Befriedigung dieser seiner Ansprüche der § 725 zur Verfügung [74]).

### Außenverhältnis. Geschäftsführung und Stellvertretung.

Wo liegt der spezifische Unterschied zwischen Geschäftsführung und Stellvertretung?

Nicht im Tätigkeitsinhalt. Geschäftsführung und Stellvertretung unterscheiden sich nicht notwendig ihrem Inhalt nach. Die Tätigkeit eines Stellvertreters und eines Geschäftsführers bezw. eines geschäftsführenden Gesellschafters können inhaltlich ganz gleichartig sein.

Nicht im äußeren Verhältnis. Wie die Einzelperson entweder ihre Angelegenheit selbst besorgen oder sich durch fremde Personen vertreten lassen kann, so kann auch der gesellschaftliche Verband durch fremde Personen, d. h. durch Stellvertreter tätig werden. Also: weder die Tatsache, daß eine Einzelperson im Dienste eines Verbandes steht, noch der Inhalt ihrer Tätigkeit gibt darüber Aufschluß, ob Stellvertretung oder Geschäftsführung vorliegt. Der Geschäftsführer ist physisch ebensowenig die Gesellschaft wie der Stellvertreter. Die Verwirklichung des Gesellschaftszweckes ist ebenso Sinn und Sache des Stellvertreters wie des Geschäftsführers. Auch die allgemeinen Prinzipien, welche für das Selbstkontrahieren des Vertreters gelten und dieses verbieten bezw. einschränken, gelten für den geschäftsführenden Stellvertreter wie für den stellvertretenden Geschäftsführer [75]). Der Unterschied liegt vielmehr: in der Verschiedenheit des inneren Rechtsverhältnisses.

Das spezifische Wesen des Gesellschaftsverbandes ist die dem Einzelwillen übergeordnete Willensgemeinschaft und Willensverbundenheit. Der naturgemäße Exponent dieser Willensverbun-

---

74) Geiler I, a. a. O., Anm. 121, S. 148.

75) Haff, Institutionen der Persönlichkeitslehre und des Körperschaftsrechts, Zürich 1918, S. 270.

denheit, der naturgemäße Ausdruck der Tätigkeit der Willensgemeinschaft ist die Geschäftsführung.

α) Der Stellvertreter handelt für einen ihm fremden Dritten, den zu Vertretenden, in der Geschäftsführung handelt die Gesellschaft selbst.

β) Bei der Stellvertretung handelt der Stellvertreter kraft einer ihm von einem fremden Dritten gegebenen Vertretungsmacht. Die Rechtswirkungen der durch den Stellvertreter vorgenommenen Handlungen sind bei der eigentlichen Stellvertretung unmittelbar auf den Vertretenen zu beziehen. Der Vertreter erwirbt hieraus keine subjektiven Rechte. Der Vertreter ist nicht Fiduziar des Vertretenen, denn er handelt nicht in eigenem Namen, sondern in fremdem Namen. Der Geschäftsführer handelt nicht kraft obligatorischen Auftrages, sondern kraft Verbandsordnung und kraft der diese Verbandsordnung stützenden Rechtsordnung, kraft eigenen Mitverwaltungsrechts [76]).

γ) Die Handlung und Erklärung des Stellvertreters ist stets nur seine Handlung und Erklärung, gleichviel, ob sie direkt oder indirekt Rechtswirkungen für den Vertretenen erzeugt oder nicht. Die Handlungen und Erklärungen eines geschäftsführenden Gesellschafters sind rechtlich nur denkbar, wenn sie zugleich Akte des Verbandes sind. Denn seine Handlung und seine Erklärung sind wesentlich Ausdruck des Gesamtwillens, während der Individualwille des Stellvertreters dem Individualwillen des Vertretenen durchaus selbständig gegenübersteht.

Der Unterschied und das rechtlich entscheidende Moment besteht darin, daß die Handlung des Stellvertreters niemals zugleich die Handlung des Vertretenen sein k a n n, die Handlung des geschäftsführenden Gesellschafters immer zugleich Handlung der Gesellschaft sein m u ß, denn im Geschäftsführer als solchem handelt die Gesellschaft selbst.

Dieser Unterschied geht wiederum zurück auf die Wesensverschiedenheit der Willensbeziehungen zwischen Individualpersonen einerseits und zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern andererseits; und wie die Willensbeziehungen überhaupt, so ist dieser Unterschied auch bedeutungsvoll für das Recht. Die Handlungen der geschäftsführenden Gesellschafter sind wesentlich rechtsverbindliche Aeußerungen der Gesellschaft als handlungsfähige Verbandseinheit [77]).

---

76) Haff, a. a. O., S. 271 f.

77) H. Preuß, Stellvertretung und Organschaft, Iherings Jahrb. 1902, S. 445.

In der individualrechtlichen Stellvertretung stehen sich Rechte und Pflichten beider Parteien stets in der Weise gegenüber, daß den Rechten des Vertreters Pflichten des Vertretenen und umgekehrt entsprechen in strikter Trennung. Mit dem Recht der Gesellschaft aber auf die Geschäftsführung der Gesellschafter ist zugleich die Rechtspflicht gegeben sie anzuerkennen und sie in Anspruch zu nehmen, und die Erfüllung der Rechtspflicht des geschäftsführenden Gesellschafters bezüglich der Geschäftsführungsfunktion ist zugleich der Inhalt eines Gesellschaftsrechtes des Rechtes auf Vollmacht[78]). Dieser verbandsrechtliche Tatbestand des Geschäftsführungsrechtes ist zugleich der Rechtsgrund für die rechtlichen Wirkungen der Geschäftsführung. Die Handlungen des geschäftsführenden Gesellschafters sind von Rechts wegen nur deshalb wirksame Handlungen der Gesellschaft als Verbandseinheit, als sie Ausflüsse jenes Verbandsrechtes, jenes Rechtes auf Geschäftsführung sind, als sie innerhalb des Kompetenzrechtes des geschäftsführenden Gesellschafters liegen, das ein integrierender Bestandteil des gesellschaftlichen Rechtsverhältnisses ist. Während das Subjekt eines Individualrechts stets nur diese oder jene Einzelperson sein kann, ist Subjekt der Kompetenz in der gesellschaftlichen Geschäftsführung die im gesellschaftlichen Geschäftsführer handelnde Gesellschaft. Das ist eben das Wesen des Verbandes, daß mit dem Verbands„organ" auch zugleich der Verband selbst handelt. Denn das Kompetenzrecht, sagt Preuß richtig. ist genau so ein Ausfluß des Verbandsrechtes wie der Träger des Kompetenzrechtes ein Mitglied des Verbandes ist[79]).

Der geschäftsführende Gesellschafter ist also der organische verbandsrechtliche Exponent der Gesellschaft. Indem Recht und Pflicht zur Geschäftsführung auf der einen Seite und Recht auf Geschäftsführung und Pflicht sie anzuerkennen auf der anderen Seite, zusammenfallen, scheidet das gesellschaftliche Geschäftsführungsverhältnis aus dem obligatorischen Rechtsverhältnis der individualrechtlichen Stellvertretung aus. Der Grund der Koinzidenz dieser Rechte und Pflichten liegt in der verbandsrechtlichen Struktur der Gesellschaft.

---

78) H. Preuss, a. a. O., S. 455.
79) H. Preuss, a. a. O., S. 458.

## III. Das Verbandsprinzip als Gesamthandsprinzip.

### 1. Das Gesellschaftsvermögen.

#### a) Der Begriff des Gesellschaftsvermögens.

Das Gesellschaftsvermögen ist ein Vermögen, d. h. eine Summe oder Gesamtheit von geldwerten Rechten, welche dem Personenverbande der Gesellschaft als einzigem ausschließlichen Rechtssubjekt zustehen. Es ist eine Summe von Vermögensrechten, die dadurch eine juristische Einheit einen einheitlichen Rechtskomplex bilden, als und insoweit sie der Verfügungsgewalt dieses einen Rechtssubjekts, d. i. den Gesellschaftern in ihrer Verbundenheit, unterliegen. Es umfaßt nach § 718 materiell sämtliche Sachen, Forderungen und andere Rechte, die die Gesellschafter ausschließlich für die Verwirklichung des Gesellschaftszweckes bestimmt haben, formell alle Rechte, wofür grundsätzlich die Mitglieder insgesamt in ihrer Verbundenheit zuständig sind. Subjekt des Gesellschaftsvermögens sind die Gesellschafter in der spezifischen Verbundenheit des Gesellschaftsverhältnisses. Der Inhalt des Zuständigkeitsrechts wird nur durch die Konkurrenz der mehreren Gesellschafter erfüllt, indem das Recht des Einzelnen zwar auf das Ganze gerichtet ist, aber durch den essentiellen Anteil (als personenrechtliche Mitberechtigung (s. S. 83)) der Uebrigen qualitativ beschränkt ist[80]).

Die formelle Einheit des Gesellschaftsvermögens wird von einem zweifachen Prinzip bestimmt: einem subjektiven Prinzip, von der Einheit des Rechtsubjekts (juristische Einheit); durch diese Einheit wird es abgesondert vom Privatvermögen und von der ausschließlichen Verfügungsgewalt der Einzelnen. Zweitens von einem objektiven Prinzip, dem Zweck, der Zweckgebundenheit (faktische wirtschaftliche Einheit, Zweckeinheit), wodurch das Gesellschaftsvermögen auch seiner objektiven Bestimmung und Natur nach ein zusammengefaßtes Sondervermögen darstellt. Das erstere Prinzip ist das Prinzip der realen rechtswirksamen Einheit, das zweite Prinzip ist das Prinzip der wirtschaftlichen Einheit. Das BGB kennt keine dinglichen Rechte an einem Vermögensganzen als solchem, darum ist auch kein derartiges dingliches Rechtsgeschäft möglich, es muß vielmehr für jeden einzelnen „Gegenstand" das dingliche Recht des Erwerbs begründet, d. h. das entsprechende Uebertragungsgeschäft vorgenommen werden: Auflas-

80) Kaufmann, Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen, Fischers Abhandlungen zum Privatrecht, Bd. 22, 1912, S. 59.

sung, Uebergabe, Indossament usw. Das Gesellschaftsvermögen ist also kein „Gegenstand" im Sinne des BGB. Das Recht am Gesellschaftsvermögen ist nichts weiter als die am Vermögen bestehende Zuständigkeit mit Bezug auf die einzelnen dazu gehörenden Gegenstände. Diese Zuständigkeit am Gesellschaftsvermögen ist eine gemeinsame Zuständigkeit. Die einzelnen Gegenstände des Gesellschaftsvermögens sind Eigentum der Gesellschafter in ihrer Verbundenheit, also der Gesellschaft. § 719 Abs. 1 spricht von den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen, nach § 706 Abs. 2 werden vertretbare und verbrauchbare Sachen im Zweifel gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter, und nach § 1035 und § 1085 BGB sind weder eine Sachgesamtheit noch eine Rechtsgesamtheit als Gegenstände anzusehen, welche in ihrer Einheit niemals den Regeln des Sachenrechts unterliegen. Eine einheitliche sachenrechtliche Beziehung eines Rechtssubjekts zu einem Komplex von Sachen und Forderungen ist für das Recht des BGB begrifflich nicht möglich [81]).

Die juristische Einheit des Gesellschaftsvermögens durch die Einheit seines Rechtssubjektes als gemeinsames Vermögen und seine faktische Einheit durch die Zweckeinheit als Sondervermögen hat einmal für die Gesellschafter in ihrem gengenseitigen Verhältnis die Bedeutung, daß die zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechte durch die zu seiner Verwaltung berufenen Gesellschafter oder Vertreter derselben gegen die einzelnen Gesellschafter und die Ansprüche der einzelnen Gesellschafter auf Leistung aus dem Gesellschaftsvermögen durch diese gegen jene ebenso geltend gemacht werden können, wie wenn sie die Ansprüche und Verbindlichkeiten verschiedener Menschen wären. Und zweitens, im Verhältnis der Gesellschafter zu Dritten hat sie die Bedeutung, daß diese wegen ihrer Ansprüche in Angelegenheiten der Gesellschaft sich an das Gesellschaftsvermögen und damit an die es verwaltenden Gesellschafter oder Vertreter halten können. Und eine dritte Bedeutung dieser juristischen und faktischen Vermögenseinheit liegt darin, daß die Beteiligung am Gesellschaftsvermögen und damit an den Gesellschaftsverbindlichkeiten als solchen, für die es haftet, sich bestimmt durch die Beteiligung an der Gesellschaft.

Das Gesellschaftsvermögen ist also ein in juristischer und wirtschaftlicher Einheit geschlossenes gemeinsames Sondervermö-

---

81) Rau, Das Ausscheiden des Gesellschafters aus der Gesellschaft, Diss. Leipzig 1909, S. 32; Heiderich, Das Wesen der Gesellschaftsanteile, Diss. Bresl. 1911.

gen sowohl im Verhältnis der einzelnen Gesellschafter zueinander wie im Verhältnis zu Dritten, und die Beteiligung an ihm bestimmt sich durch die Beteiligung an der Gesellschaft[82]).

### b) Gesellschaftsbegriff und Gesellschaftsvermögen.

Ist das Gesellschaftsvermögen der Gesellschaft des BGB wesentlich?

Die rechtliche Fähigkeit, Gesellschaftsvermögen zu bilden, ist zweifellos nicht nur durch das Gesetz, sondern auch durch die innere Wesensstruktur der Gesellschaft gegeben. Hierdurch haben wir einen wesentlichen Unterschied von der stillen Gesellschaft, welcher diese rechtliche Fähigkeit begrifflich fehlt. Die faktische Bildung von Gesellschaftsvermögen ist dem Gesellschaftsbegriff des BGB gleichgültig. Die Notwendigkeit liegt weder im Gesellschaftsvertrag noch im Gesellschaftsverbande begründet. Sie ist Tat- und Zweckmäßigkeitsfrage und je nach der Natur der einzelnen Gesellschaften zu beantworten. Geldwerte Leistungen und Ansprüche aus gesellschaftlicher Tätigkeit sind von der Gesellschaft als solcher weder wesentlich noch naturgemäß gefordert. Auch die gesetzliche vermögensrechtliche Struktur ist für vorhandenes Gesellschaftsvermögen dispositiver Natur. Es besteht kein Zweifel, daß anstelle der gesetzlichen Ordnung die Bruchteilsgemeinschaft eingeführt werden kann. Auch das Reichsgericht hat in ständiger Rechtssprechung ausgesprochen, daß die Gesellschaft des BGB die Bildung eines „gesetzlichen Gesellschaftsvermögens" nicht notwendig voraussetzt. Es finden sich zahlreiche Fälle und Beispiele in der Rechtssprechung des RG, in denen das gesamte für den Gesellschaftszweck bestimmte Vermögen in der Rechtszuständigkeit eines einzelnen Gesellschafters liegt. Aber die Frage geht hier nach der verbandsrechtlichen Natur der gesetzlichen Regelung, m. a. W.: Besteht zwischen der gesetzlichen Gesamthandsstruktur und der spezifischen gesellschaftlichen Verbundenheit ein innerer natürlicher Nexus, sodaß die Gesamthandsstruktur wenigstens als naturales verbandsrechtliches Element angesprochen werden muß, oder ist das Gesellschaftsvermögen ein reines Zweck- und Sondervermögen, unbeeinflußt von der Dynamik des Verbandsprinzips?

---

82) Hölder, Natürliche und juristische Personen, Leipzig 1905, S. 326.

Das Wort „Gesellschaftsvermögen" hätte als solches an sich keinen speziellen eindeutigen juristischen Inhalt. Es bezeichnet nichts weiter als den Inbegriff von Gegenständen, die dem Gesellschaftszweck dienen, und die juristische Natur der etwa vorhandenen Mitberechtigung könnte sich nach den allgemeinen Vorschriften über die Gemeinschaft nach Bruchteilen bestimmen (§ 741 BGB). Hiernach müßten für die Gesellschafter scharf begrenzte selbständige Quoten der rechtlichen Zuständigkeit unterschieden werden. Der § 719 BGB als Beschränkung der freien Verfügungsmacht hätte lediglich praktische Bedeutung zur Herstellung eines gesonderten Zweckvermögens und an der rechtlichen Natur der Bruchteile oder Anteile würde durch diese Bindung nichts geändert. Daß eine solche Konstruktion nach Analogie der „Gemeinschaft" logisch möglich ist, zeigt die römische Communio, welche tiefgreifende Einschränkungen der Verfügungsmacht auch gegen Dritte gekannt hat. Auch die Terminologie des Gesetzes würde an sich nicht widersprechen, und es gibt genügend Vertreter einer Theorie, für welche die Gesellschaft eine mehr oder weniger modifizierte Societas ist.

Doch die geschichtliche Entwicklung widerspricht dieser Konstruktion. Es ist heute unbestritten, daß die erwähnten Verfügungsbeschränkungen nicht rein praktischer, sondern prinzipieller Natur sind, und auch die herrschende Meinung geht dahin, daß man einerseits die Bestimmungen des Gesetzes nicht auf der individualistischen römischen Grundlage konstruieren könne, andererseits diese gesetzlichen Bindungen rein vermögensrechtlicher Natur, nicht zwingender, sondern dispositiver Natur seien, so daß sie durch besondere Vereinbarung in individualrechtlicher Richtung abgeändert werden können [83]).

Die Frage ist also: Fordert die gesetzliche Regelung in Bezug auf das Gesellschaftsvermögen das Verbandsprinzip, oder genügt eine individualrechtliche, sei es eine obligatorische, sei es dingliche Gebundenheit? Noch deutlicher: Das Gesellschaftsvermögen ist eine juristische Einheit durch die Einheit seines Rechtssubjektes, der Verbandseinheit, darum ein geschlossenes gemeinsames Vermögen; es ist eine wirtschaftliche faktische Einheit durch die Einheit des Gesellschaftszwecks, darum ein Sondervermögen. Wird mit dieser äußeren Einheit durch die Beziehung zu einem

83) Kaufmann, a. a. O., S. 7.

Rechtssubjekt und dem einen Gesellschaftszweck der gesetzliche Tatbestand erschöpft oder verlangt die innere Struktureinheit des gesellschaftlichen Vermögensrechtes noch ein inneres Strukturprinzip, das Prinzip der qualifizierten Verbundenheit, welches diese vermögensrechtlichen Bindungen und Beschränkungen in naturgemäßer Folge hat?

### 1. Die naturgemäße vermögensrechtliche Auswirkung des Verbandsprinzips.

a) Die Gesellschaft des BGB ist ein Personenverband, eine Verbandseinheit mit eigener Rechtsträgerschaft, eine Willensgemeinschaft in der Richtung des Gesellschaftszwecks, deren Verbundenheit von rechtserheblicher Natur ist, so daß sie eigenes Rechtssubjekt ist, ohne juristische Person zu sein. Das Vermögen steht ungeteilt dieser Willensverbundenheit zu, so daß ein Personenverband als Subjekt und ein Vermögensinbegriff als Objekt gegeben ist. Diese Personenmehrheit ist kein reines Aggregat, sondern durch die Verbundenheit entsteht etwas Neues, eine von der physischen Einheit der Einzelnen verschiedene neue Einheit, willensmäßig begründet und gehalten, eine „moralische" Einheit, eine „personne morale", eine Einheit des Wollens, der Gesinnung. Mit dieser Willensgemeinschaft und Willenseinheit ist die Einheit des Rechtes ipso facto gegeben, die ungeteilte Mitberechtigung, so daß jedes Mitgliedsrecht nicht Recht des Einzelnen, sondern das Recht der Gesellschaft ist, das der Einzelne nur in Verbindung mit und durch die Gesellschaft ausüben kann. Diese zur Rechtseinheit gewordene Willensverbundenheit wirkt sich naturgemäß aus in der Art des gemeinsamen Vermögensbesitzes, so daß den einzelnen Gesellschaftern das gemeinsame Vermögen nicht nach Quoten und Bruchteilen, sondern nur als eine Anwartschaft auf den Liquidationsanteil nach der Auflösung zusteht. Dieses Recht der Anwartschaft ist zwar auch durch den Gesellschaftsvertrag obligatorisch gesichert, daß es aber, solange die Gesellschaft besteht, nur eine Anwartschaft ist, ist eine rechtliche Folge des Verbandsprinzips. Diese Personenverbundenheit wirkt sich dahin weiter aus, daß die Einzelbestandteile, aus denen das Vermögen sich zusammensetzt, solange die Personenverbundenheit besteht, rechtlich für den Einzelnen nicht in Betracht kommen. Das Vermögen ist in jeder Hinsicht ungeteilt, es ist ein eigenes Vermögen in dem Sinne, daß nur eine einzige Zuständigkeit daran besteht. Die Einzelnen haben also als Gesellschafter in ihrer Verbundenheit ihre persönliche Verfügungsselbständigkeit an dem Ge-

sellschaftsvermögen aufgegeben. Das Vermögen ist m. a. W. gesellschaftsrechtlich, und zwar verbandsrechtlich, gebunden. Bringt ein Teilhaber einen Vermögensgegenstand in die Gesellschaft, so handelt es sich um eine eigentliche Aenderung der Verfügungszuständigkeit, um eine Entäußerung [84]).

Wir haben also eine quotenlose Zuständigkeitsbeziehung mehrerer zu einem Vermögensrecht, die ihren logischen und rechtlichen Grund in der Rechtseinheit der willensmäßigen Verbundenheit einer Mehrheit hat (Kaufmann a. a. O. 11). Nur ein klarer positiver und zwingender Grund darf den inneren Zusammenhang zwischen Gesellschaft und Vermögen in Bezug auf die Rechtszuständigkeit verneinen und diese von der Wirksamkeit des Wesensprinzips der Gesellschaft ausnehmen. Es müßte der positive zwingende Beweis geführt werden, daß das Zuständigkeitsrecht des gemeinschaftlichen Vermögens von der Wirksamkeit des Prinzips ausgenommen ist. Der Beweis kann aber nicht erbracht werden [85]).

b) Ein innerer Widerspruch einer einheitlichen rechtlichen Zuständigkeit seitens einer Personenverbundenheit, die nicht als solche juristische Person ist, dürfte nicht aufgezeigt werden können. Dieser Widerspruch müßte gefunden werden entweder im Objekt, d. h. im Vermögensinbegriff, oder im Rechtssubjekt, im Personenverband der Gesellschaft oder in der Einheit der Zuständigkeit einer Mehrheit.

*α*) Nicht im Objekt, d. i. im Vermögensinbegriff. Das Gesellschaftsvermögen setzt natürlich ein Rechtssubjekt voraus; aber der Vermögensinbegriff als solcher ist indifferent gegen die Struktur der Rechtsbeziehungen seines Rechtssubjektes zu seinen einzelnen Gegenständen oder zu ihrem Gesamtkomplex: ob eine Mehrheit Rechtssubjekt ist oder nicht, ob diese Mehrheit in Verbundenheit zuständig ist oder nicht.

*β*) Nicht in der Struktur des Rechtssubjektes. Auch in der Struktur des Rechtssubjektes als eines Personenverbandes, als einer qualifizierten Verbundenheit einer Personenmehrheit, kann eine innere Schwierigkeit nicht gesehen werden. Der Begriff des Rechtssubjektes verlangt zur Rechtsträgerschaft nur die natürliche „Rechtsfähigkeit" als tatsächliche Voraussetzung. Das

---

84) Alb. Müller, Das Wesen der Gesellschaft, Diss. Leipzig 1904, S. 31.
85) Kaufmann, a. a. O., S. 50.

formale Wesenselement der Rechtsträgerschaft aber ist, präzis gesagt, nicht unmittelbar die Rechtspersönlichkeit, sondern der rechtserhebliche Wille, der allerdings irgendwie die Rechtspersönlichkeit mittelbar oder unmittelbar zur wesentlichen Voraussetzung hat. Der Begriff der Rechtssubjektivität deckt sich nicht mit dem Begriff der Rechtspersönlichkeit: für den Begriff des Rechtssubjektes ist das Entscheidende die unmittelbare rechtliche Wirksamkeit der Willensmacht; für den Begriff der Rechtspersönlichkeit ist das Entscheidende die natürliche oder die durch die Rechtsordnung geschaffene unmittelbare rechtliche Selbständigkeit der Willensmacht. Jedes subjektive Recht setzt zuletzt eine Rechtspersönlichkeit voraus, aber begrifflich nicht unmittelbar; unmittelbare formelle Voraussetzung für das Recht ist nur eine einheitliche Willensmacht. So ist die eigene Rechtsträgerschaft der Personenverbundenheit wohl in den Rechtspersönlichkeiten der Einzelnen fundamental notwendig begründet, aber sie ist nicht ihr unmittelbarer formaler rechtlicher Ausdruck. Da nun diese Willensverbundenheit mit ihrer eigenen Rechtserheblichkeit vom gesetzlichen Tatbestande respektiert wird, kann man von einer eigenen Rechtsträgerschaft des Gesellschaftsverbandes reden ohne unmittelbare Rechtspersönlichkeit.

γ) Nicht in der Einheit der Zuständigkeit einer Mehrheit. Mehrheit von Berechtigten sagt noch nicht Geteiltheit des Rechts. Ob das Recht, d. h. die Befugnis einer nicht personifizierten Gemeinschaft, ein Recht sein soll, hängt schließlich von dem Willen der Einzelnen selber ab. Es hängt von ihnen ab, ob sie ihr persönliches Recht so beschränken wollen, daß die Willensverbundenheit nur ein zuständiges Recht sein soll, d. h. eine einheitliche Befugnis mit Bezug auf das Vermögen. Wenn die positive Rechtsordnung diesem Gesellschaftswillen in einheitlicher Befugnis das Gesellschaftsvermögen als das seinige zu beanspruchen und darüber in eigener Rechtswirksamkeit zu verfügen, die Anerkennung seiner rechtlichen Geltung gibt, so ist eine Schwierigkeit nicht vorhanden. Da der Wille der Gesellschaft hier maßgebend ist, so ist gleichgültig, wer schließlich hinter jenem Willen steht, ob eine personifizierte oder nicht personifizierte Mehrheit von Personen; die Rechtsordnung kann jeder Mehrheit von Personen, ohne ihr den Charakter einer juristischen Person zu geben, die Macht gewähren, ihren einheitlichen Willen in den von ihr gezogenen Grenzen zur Geltung zu bringen[86]).

86) Heiderich, a. a. O., S. 54.

## 2. Die vermögensrechtliche Auswirkung des Verbandsprinzips nach dem gesetzlichen Tatbestand.

### a) Negative Begründung: Unmöglichkeit anderer Erklärungsversuche.

Die Versuche für die Erklärung der Gebundenheit des gemeinschaftlichen Vermögens durch die Verfügungsunmöglichkeit der einzelnen Gesellschafter gehen nach verschiedenen Richtungen auseinander.

*α*) Adler sucht die Geschlossenheit des Gesellschaftsvermögens aus der Solidarhaft der Gesellschafter abzuleiten, wie sie sich im Mittelalter bei den Handelsgesellschaften entwickelt hat. Vermöge der Solidarhaft sei jedes Vermögensstück und seien alle Anteile am Gesellschaftsvermögen dem Gläubiger ganz verhaftet, und zwar so, daß er nicht erst die Anteile der Einzelnen festzustellen brauche. Diese Theorie ist nicht haltbar: einmal, weil sie höchstens den Ausschluß des Zugriffs des Privatgläubigers der einzelnen Gesellschafter erklärt, nicht aber, was vor allem in Frage steht, weshalb auch der Gesellschafter selbst nicht über seinen Anteil an den Stücken des Gesellschaftsvermögens verfügen kann und zweitens, weil nach § 427 BGB die gesamtschuldnerische Haftung, wenn auch in der Regel, doch nicht notwendig eintreten muß, da sie dispositiver Natur ist.

*β*) Auch aus Grundsätzen des Sachenrechtes speziell aus dem Miteigentum kann die Gebundenheit des Gesellschaftsvermögens nicht erklärt werden, denn dann wäre sie in allen Fällen des Miteigentums gegeben, was nicht der Fall ist. Darin liegt ja gerade der wesentliche Unterschied zwischen der Gesellschaft und der Gemeinschaft (§ 741). Hier besteht zwischen Teilhabern keine andere Beziehung als die, welche durch das Miteigentum an der Sache usw. herbeigeführt wird, mit der Rechtswirkung, daß jeder Teilhaber über sein Recht selbständig verfügen kann. Ein analoges Beispiel: Die Besitzherrschaft mit zwei Subjekten, wenn infolge Mitverschlusses die tatsächliche Gewalt von jedem Besitzer nicht anders als unter Zuziehung des anderen ausgeübt werden kann[87]).

*γ*) Noch weniger erklärt eine zwischen den Gesellschaftern bestehende obligatorische Verpflichtung den gesetzlichen Tatbestand. Eine derartige Verpflichtung auf das Gesellschaftsvermögen würde wohl eine interne Bindung der Gesellschaf-

87) v. Thur I, a. a. O., S. 80.

ter rechtfertigen, nicht aber dem Privatgläubiger der einzelnen Gesellschafter gegenüber. Ebenso wenig wie etwa das von dem Eigentümer einer Sache einem Dritten gegebene Versprechen, sich der Sache nicht zu entäußern, dem Erwerber desselben nicht entgegengehalten werden kann, läßt sich auch die obligatorische Verpflichtung des Gesellschafters, nicht über seinen Anteil zu verfügen, dem pfändenden Gläubiger entgegensetzen [88]).

δ) Binder [89]) sagt: „Der Gesellschaftsvertrag ist der Tatbestand, an den der Gesetzgeber außer der obligatorischen auch die dingliche Wirkung knüpft, daß die einzelnen Gesellschafter über ihre Anteile nicht mehr verfügen können." Darauf ist zu sagen:

Der Gesellschaftsvertrag als solcher im engeren Sinne sagt unmittelbar nichts über die rechtlichen Beziehungen zum Gesellschaftsvermögen. Er stellt die Pflichtmäßigkeit zur Einigung in der Gesellschaft her. Er enthält ausdrücklich und unmittelbar keine Verfügungsbeschränkung als Vertragsverpflichtung. Die Gesellschaft entsteht, ohne daß irgendwelche vermögensrechtlichen Beziehungen und Grundlagen vorhanden zu sein brauchen. Wenn es sich aber um eine spezielle vertragliche Abmachung des Gesellschaftsvertrages im weiteren Sinne handelt, so gibt es weder ein schuldrechtliches noch ein dingliches Rechtsgeschäft, durch das die Verfügungsmacht, d. h. nicht nur das „Dürfen", sondern auch das „Können" über ein veräußerliches Recht ausgeschlossen werden könnte. § 137 Abs. 1 BGB sagt: „Die Befugnis über ein veräußerliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden." Es gibt im geltenden Rechtssystem keine Verfügung über die Verfügungsmacht. Der Erbvertrag ist allerdings ein Rechtsgeschäft, durch das die Verfügung über ein veräußerliches Recht mit Wirksamkeit ausgeschlossen wird, aber es ist ein Verfügungsgeschäft von Todes wegen, keine Verfügung im technischen Sinne des Gesetzes. Und auch der Erbvertrag kann nur die Verfügungsmacht von Todes wegen, nicht die des Verkehrs bilden. Das Gesetz sagt in § 719: „Ein Gesellschafter kann nicht über seinen Anteil verfügen." Durch ein obligatorisches Verhältnis kann immer nur ein „Nichtdürfen", niemals ein „Nichtkönnen" begründet werden [90]).

---

88) Weiland, Struktur und Rechtssphäre der Gesellschaftsschulden im BGB, Diss. Würzburg 1902, S. 2; Knoke, Recht der Gesellschaft, a. a. O., S. 9.
89) Binder, Rechtsstellung des Erben III, § 34, Anm. 40.
90) Kaufmann, a. a. O., S. 39; Sohm, Der Gegenstand, Leipzig 1905, S. 8.

b) Positive Begründung aus dem gesetzlichen Tatbestand.

§ 719 BGB.

Er spricht nicht nur nicht von einem „Nichtdürfen", nicht nur nicht von einem „Nichtkönnen", sondern von einem „Nichtkönnen schlechthin". Der Gesellschafter kann überhaupt nicht über seinen Anteil verfügen, auch nicht mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter, sondern nur alle zusammen (collective), nur die Gesellschaft als Verband kann verfügen. Eine von den übrigen Gesellschaftern erklärte Zustimmung würde genau genommen als Verfügung aller Einzelnen (distributive) sich darstellen. Sind aber nur alle zusammen collective verfügungsberechtigt, so muß der Grund in ihrer persönlichen Verbundenheit liegen, da mehrere unverbundene Personen nicht dasselbe Recht im vollen Umfange haben können, insbesondere nicht mit Rücksicht auf § 903 BGB Eigentümer derselben Sache als ganzer Sache zu sein vermögen.

§ 727 BGB.

„Die Gesellschaft endigt im Zweifel mit dem Tode eines der Gesellschafter."

Wäre die Bindung des Gesellschaftsvermögens eine rein dingliche Belastung der einzelnen Anteile, so dürfte diese Vorschrift nicht bestehen, da die dingliche Belastung zu Gunsten der jeweiligen Inhaber der berechtigten Gesellschaftsanteile bestände und demgemäß einen Wechsel der Glieder überdauern müßte.

Wäre umgekehrt die Gesellschaft ein rein obligatorisches Rechtsverhältnis, so müßten die Erben des verstorbenen Gesellschafters ohne weiteres in die Berechtigungen und Verpflichtungen des Verstorbenen eintreten, soweit dieselben nicht höchstpersönlicher Natur wären.

Die Beendigung der Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters kann also nur auf die dadurch bewirkte Auflösung der persönlichen Verbundenheit zurückgeführt werden. Daß nach § 737 BGB durch eigene Vereinbarung der Fortbestand der Gesellschaft gesichert werden kann, ändert nichts an dem grundsätzlichen Rechtsverhältnis.

§ 738 BGB.

Ohne Zweifel gründet sich der Tatbestand der Anwachsung (Abwachsung) auf der persönlichen Verbundenheit. Scheidet ein Gesellschafter aus, so erlischt sein Anteil, denn nur die Gesellschaft als solche ist zuständig, und wächst den übrigen zu.

Der neu Eintretende tritt ein in die Verbundenheit, und ihm wachsen Rechte und Verbindlichkeit an den bestehenden Aktiven und Passiven zu [91]).

Wir sind also genötigt, den Grund der Geschlossenheit und Gebundenheit des Gesellschaftsvermögens in dem inneren Gesellschaftsverhältnis der Gesellschafter selbst zu suchen, in der qualifizierten Gebundenheit, in dem Gesellschaftsband als solchem, dem Formal- und Gestaltungsprinzip der Gesellschaft in seiner Auswirkung auf das Vermögen. Dieses Band schließt die Gesellschafter zu einer Einheit zusammen, bindet ihren Willen real aktiv aneinander auf die Richtung an den einen Zweck, so daß der Wille des Einzelnen für sich keine Wirkung zu äußern vermag, sondern erst der verbundene Wille Aller das Recht in Bewegung setzt. In dieser Verbundenheit teilt das Recht den Gesellschaftern die gemeinschaftlichen Rechte zu. Die Verbundenheit aber ist das Prius, daraus folgt in natürlicher Dynamik, daß der Einzelne über seinen Rechtsanteil nicht für sich verfügen kann, denn er steht ihm überhaupt nur in seiner gesellschaftlichen Verbundenheit zu [92]). Wenn also auch die Gesellschaft des BGB das Gesellschaftsvermögen begrifflich nicht einschließt, so schließt sie das Gesellschaftsvermögen auch nicht aus; aber der Gesellschaftsbegriff schließt es nicht nur nicht aus, sondern er erfaßt nach seinem tatsächlichen Vorhandensein das Gesellschaftsvermögen grundsätzlich mit der vollen Verbandsdynamik, wenn diese nicht durch eine besondere Bestimmung des Gesellschaftsvertrages abgebunden ist. Die Gesamthandstruktur des Gesellschaftsvermögens hat nicht nur den äußeren Grund des positiven Gesetzes, sondern das positive Gesetz ist nichts anderes als der äußere Ausdruck der inneren Verbandsstruktur der Gesellschaft. Eine Gesellschaft mit Gesellschaftsvermögen führt unter der Dynamik des Verbandsprinzips, wenn auch nicht begriffsnotwendig, so doch naturnotwendig zur Gesamthandsberechtigung. Das Gesamthandsprinzip ist nicht reines Zweckprinzip, sondern es ist das vermögensbezogene Formalprinzip der Gesellschaft selber. Dadurch, daß man das Verbandsprinzip und die verbandsrechtliche Struktur gemeinschaftsrechtlich bejaht, nämlich Abhängigkeit voneinander und vom ganzen Verbande, bejaht man auch vermögensrechtlich, als natürliche und rechtliche Konsequenz für die Gesellschaft das Rechtsprinzip

91) Dersch, Das Prinzip der gesamten Hand, Diss. Gießen 1905, S. 39.
92) Knoke, a. a. O., S. 10.

der Gesamthand. Und die Abdingbarkeit der Gesamthand in der Gesellschaft liegt nicht darin, daß sie lediglich den Interessen der Gesellschaft zu dienen bestimmt ist, sondern darin, daß einmal das Gesellschaftsvermögen der Gesellschaft nicht begriffswesentlich ist, und zweitens, daß kein öffentliches Interesse besteht an der vom Gesetz vorgeschriebenen Ordnung unter allen Umständen im zwingenden Recht festzuhalten, da die Interessen Dritter, insbesondere der Gesellschaftsgläubiger, durch eine andere Ordnung nicht gefährdet sind. Wenn das Gesetz die gesamthänderische Bindung als Grundsatz gesetzlich festgelegt hat, so steht es grundsätzlich zum Wesen und Zweck des Gesellschaftsverbandes überhaupt, der durch eine eingefügte andere individualrechtliche Ordnung nur zu leicht gefährdet wäre, indem das Gesellschaftsvermögen Gefahr liefe, durch Verfügungen eines Gesellschafters oder durch Vollstreckungsmaßnahmen seiner Gläubiger auseinandergerissen und dem Zweck des Verbandes entzogen zu werden [93]).

### 2. Die Gesellschaftsschulden.

#### a) Der Begriff der Gesellschaftsschuld.

Zur Erklärung des Begriffs der Gesellschaftsschuld zunächst zwei notwendige Unterscheidungen:

I. Gesellschaftsschuld und Privatschuld. Unterscheidung aus der Urheberschaft: der Subjekte.

1. Formelle Gesellschaftsschulden sind diejenigen Schulden, welche die Gesellschaft als solche als eigenes Rechtssubjekt, sei es im Innen-, sei es im Außenverhältnis, kontrahiert hat als Verbandsschulden, für welche sie darum auch als solche in ihrer Verbundenheit primär einzustehen hat. Es sind

einmal diejenigen Schulden, welche auf Grund der gesellschaftlichen Organisation, d. h. auf Grund der zweckgebundenen Verbundenheit entstanden sind, für die stets sowohl nach außen wie nach innen das Gesellschaftsvermögen unmittelbar haftet und die als gemeinschaftliche Schulden bei der Auseinandersetzung gemäß § 733 BGB zu berichtigen sind. Gläubiger einer solchen formellen Gesellschaftsschuld kann sowohl ein Dritter wie ein Gesellschafter sein. Es kann z. B. ein einzelner Gesellschafter die Gesellschaftsforderung eines Dritten durch Erbschaft oder Zession erwerben, oder es können infolge der eigenen Rechtssubjektivität des Verban-

93) Schafheutle, Gesellschaftsbegriff und Erwerb ins Gesellschaftsvermögen in Abhandlungen zum bürgerlichen Handels- und Arbeitsrecht, hrsg. v. Hoeniger, Heft 6, 1931, S. 84 ff.

des direkte Schuldverhältnisse zwischen der Verbandseinheit und dem einzelnen Gesellschafter begründet werden. Es sind

zweitens diejenigen Schulden aus dem Gesellschaftsverhältnis, welche die Gesellschafter nur im Innenverhältnis zu tragen haben. Dazu gehören die Schulden, für welche nach außen nicht das Gesellschaftsvermögen haftet, weil der geschäftsführende Gesellschafter nach außen im eigenen Namen aufgetreten ist, die aber im Innenverhältnis zu Lasten der Gesellschaft gehen, weil der geschäftsführende Gesellschafter befugterweise für Rechnung der Gesellschaft tätig geworden ist. Auch diese Schulden sind als „gemeinschaftliche Schulden" gemäß § 733 BGB bei der Auseinandersetzung zu berücksichtigen[94]).

2. Privatschulden der Gesellschafter sind alle Schulden, welche einzelne Gesellschafter oder auch sämtliche Gesellschafter außerhalb der gesellschaftlichen Verbundenheit kontrahiert haben. Für diese Privatschulden der Gesellschafter haftet das Privatvermögen der Gesellschafter. Da aber alle obligatorischen und individualrechtlich-dinglichen Ansprüche (§ 725 BGB, § 859 ZPO) an das Gesellschaftsvermögen zum Privatvermögen gehören, kann der Gläubiger die nach § 717 pfändbaren Ansprüche der einzelnen Gesellschafter pfänden, auf Grund des Pfändungstitels die Gesellschaft kündigen, durch Konkurs über das Vermögen des Gesellschafters die Gesellschaft zur Auflösung bringen.

3. Eine Schwierigkeit ergibt sich bei den rein materiellen Gesellschaftsschulden, also bei jenen Schulden, die sämtliche Gesellschafter außerhalb des Gesellschaftsverhältnisses etwa bei gemeinsamen Delikten der Gesellschaft, also in oder außerhalb der Gesellschaft liegenden Geschäften in eigener Begründung kontrahiert haben. Diese Schulden sind Privatschulden der Gesellschafter, denn die rein numerische Gesamtheit ändert nichts an dem Wesen der Privatschuld, und sie sind in der oben genannten Weise nach den Regeln über die Schulden der Einzelgesellschafter vom Gläubiger zur Berichtigung zu bringen. Eine unmittelbare Inanspruchnahme des Gesellschaftsvermögens auf dem Wege des § 736 ZPO ist in dem gesetzlichen Tatbestand als solchem nicht gegeben. Die praktische Begründung in den Prot. Bd. II, 435 ist nicht zu einer endgültigen Entscheidung genügend und auch nicht notwendig, da dem Gläubiger durch die gesamtschuldnerische Haftung seiner Schuldner andere Wege zur Befriedigung möglich sind. Es widerspricht dem verbandsrechtlichen

94) Geiler I, a. a. O., Anm. 149 a u. b, S. 184.

Charakter und Wesen des Gesellschaftssondervermögens und auch dem gesetzlichen Bestand- und Schutzrecht der Gesellschaft, wenn ein notwendiges Lebenselement der Gesellschaft Zugriffen solcher Gläubiger unmittelbar ausgesetzt wird, die mit der Gesellschaft als solcher nichts zu tun haben. Solange das Vermögen Gesamthandsvermögen ist, ist und bleibt es zu Zwecken der Gesellschaft gebunden und kann daher auch nur dem Zugriff von wirklichen Gesellschaftsgläubigern unterliegen. Es muß daher der § 736 ZPO dahin verstanden werden, daß er nur formelle Gesellschaftsschulden, also solche Schulden im Auge hat, welche die Gesellschafter in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter treffen, die also aus der gesellschaftlichen Organisation heraus entstanden sind [95]).

Diese rein materiellen Gesellschaftsschulden finden auch bei der Auseinandersetzung keine Berücksichtigung. Sie sind keine „gemeinschaftlichen Schulden" im Sinne des § 733 BGB. Sie sind nicht durch die gemeinschaftliche Organisation oder durch das Gesellschaftsverhältnis entstanden. Man kann das Beteiligungsverhältnis nicht durch Heranziehung dieser der Gesellschaft fremden Schulden verschieben. „Selbst wenn man", sagt Geiler, „bezüglich der Vollstreckung ins Gesellschaftsvermögen sich auf den gegenteiligen Standpunkt stellt und nur ein Urteil gegen alle Gesellschafter, gleichviel aus welchem Rechtsverhältnis, für nötig hält, so bleibt dieser praktisch wichtige Unterschied für die Auseinandersetzung übrig. Der Begriff der Gesellschaftsschuld als einer auf das Gesellschaftsverhältnis begründeten Verbindlichkeit hat dann wenigstens Bedeutung für das Verhältnis der Gesellschafter untereinander. Auch wäre dann eine persönliche Teilhaftung der Gesellschafter nur bei wirklichen Gesellschaftsschulden, für die das Gesellschaftsvermögen stets haftet, möglich, während für Nichtgesellschaftsschulden, um sie in das Gesellschaftsvermögen vollstreckbar zu machen, dann jedenfalls alle Gesellschafter als Gesamtschuldner haften müssen [96]).

II. Nach der Ausschließlichkeit der Haftung des Gesellschaftsvermögens sind zu unterscheiden:

Reine Gesellschaftsschulden und gemischte Gesellschaftsschulden.

1. Reine Gesellschaftsschulden sind Schulden, für welche ausschließlich das Gesellschaftsvermögen haftet. Sie können entstehen:

---

95) Geiler I, a. a. O., Anm. 149, S. 183.
96) Geiler I, 1. Anm. 149, S. 184.

a) durch Vertrag, durch ausdrückliche oder stillschweigende Abmachung zwischen den Parteien. Daß eine solche Parteiabrede möglich ist, unterliegt keinem Bedenken. Auch durch den weiteren Gesellschaftsvertrag kann die Vollmacht der kontrahierenden Gesellschafter Dritten gegenüber auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt werden, da der Dritte sich in einem derartigen Vertrage nach der Vollmacht des Gesellschafters zu richten hat und diese gegen sich gelten lassen muß.

b) Aus ungerechtfertigter Bereicherung des Gesellschaftsvermögens. Es ist selbstverständlich, daß hier das Gesellschaftsvermögen allein haftet. Eine persönliche Haftung der Gesellschafter ist erst dann gegeben, wenn der einzelne Gesellschafter für sein Privatvermögen „etwas erlangt hat".

c) Durch den Anspruch der einzelnen Gesellschafter auf den Gewinnanteil und das Auseinandersetzungsguthaben, wofür nur das Gesellschaftsvermögen einzustehen hat (§ 717 Abs. 2). Weiter durch den Anspruch des geschäftsführenden Gesellschafters auf Grund seiner Geschäftsführungskosten.

d) Tatsächlich dadurch, daß sämtliche Gesellschafter erst nach dem Zeitpunkt des Entstehens einer Gesellschaftsschuld eingetreten sind. Denn neueintretende Gesellschafter haften für die bis zum Zeitpunkt ihres Eintritts in die Gesellschaft entstandenen Gesellschaftsschulden grundsätzlich nicht mit ihrem sonstigen Vermögen[97]).

2. Gemischte Gesellschaftsschulden, es sind solche, bei denen sowohl das Gesellschaftsvermögen als auch das Privatvermögen haftet.

Daß es im Gesellschaftsschuldenrecht gemischte Gesellschaftsschulden gibt, liegt

innerlich begründet in der eigenartigen Rechtsnatur der Gesellschaft als eines Personenverbandes ohne juristische Persönlichkeit. Als juristische Persönlichkeit hätte die Gesellschaft allein und ausschließlich die Belastung und Verpflichtung ihrer Schulden zu tragen, hätte als solche unmittelbare aktive und passive Parteifähigkeit usw. So aber trifft jede Belastung der Gesellschaft aus Rechtsgeschäft und unerlaubter Handlung nicht bloß den Personenverband, sondern auch die Personen des Verbandes, d. h. die zuletzt verantwortlichen Träger der Willensverbundenheit. Der innere Grund liegt zuletzt in dem Unterschied zwischen den

97) Mendel, Die Haftung der Gesellschafter S. 9 ff., Diss. Leipzig 1915.

Korrelaten von Pflicht und Recht. Recht ist Willensmacht; unmittelbarer Träger des Rechts ist der freie Wille. Er kann das Recht ausüben oder nicht, er kann es selbständig unabhängig ausüben oder unselbständig abhängig verbunden (Nemo iure suo uti cogitur). Hier ist der freie Wille Subjekt. Pflicht und Verpflichtung aber ist Willensbindung zu Gunsten des Berechtigten, hier ist der Wille Objekt und die Verwirklichung des Rechtes durch den Verpflichteten liegt nicht im freien Willen des Verpflichteten, sondern in seinem persönlichen Einstehenmüssen. Es liegt nicht in seinem Belieben, seiner Verpflichtung nachzukommen oder nicht, sie einzuschränken oder nicht. Er selbst ist persönlich verhaftet. Unmittelbarer Träger der Verpflichtung ist der Mensch, die Persönlichkeit selber. Darum ist der Terminus des subjektiven Rechtes die Person des Verpflichteten. Und der Terminus der Verwirklichung des Rechtes durch den Gläubiger bei der verpflichteten Gesellschaft trotz aller rechtserheblichen Willensverbundenheit der Personen, die Gesellschafter selber, m. a. W.: die Gesellschaft als solche hat unmittelbar keine passive Parteifähigkeit (§ 736 ZPO). Wenn aber das Urteil sämtliche Gesellschafter ohne Rücksicht auf ihre sonstige rechtserhebliche Verbundenheit trifft, so können sie an sich trotz allen im Prozeß erwirkten primären Zugriffrechts auf das Gesellschaftsvermögen nicht bloß gesamthandschuldnerisch, sondern auch gesamtschuldnerisch bei nicht genügender Befriedigung haften müssen, d. h. auch mit ihrem Privatvermögen.

Der äußere Grund für die gemischten Gesellschaftsschulden liegt in der Doppelstruktur der Gesellschaft des BGB. Die Gesellschafter stehen nicht bloß unter dem Verbandsprinzip, sondern die Dynamik des Vertragsprinzips aus dem Gesellschaftsvertrage, soweit sie nicht durch die zweckgerichtete Verbundenheit ruht, bleibt für die einzelnen bestehen. Die Gesellschafter bleiben untereinander auf Grund des Gesellschaftsvertrags in einem Dauerschuldverhältnis. Wie die Gesellschaft zur Begründung einer pflichtmäßigen Einigung auf dem Vertragsprinzip als wesentlich gesetzlicher Vorausbedingung in ihrer spezifischen Natur auf dem Zweckprinzip, in ihrer Wesensstruktur auf dem Verbandsprinzip beruht, so steht auch das Gesellschaftsvermögen nicht bloß unter dem Verbandsprinzip (Gesamthandsprinzip), sondern grundsätzlich auch unter der vertraglichen Leistungspflicht und dem entsprechenden individualrechtlichen Anspruchsrecht. Die Anwendung der §§ 420, 421, 427, 431 ist demnach grundsätzlich möglich sowohl im Innenverhältnis wie im Außenverhältnis, m. a. W. die gesamtschuldnerische Haftung mit dem Privatvermögen der einzelnen Ge-

sellschafter ist gegeben: Einmal bei Verbindlichkeiten auf Grund des obligatorischen Gesellschaftsvertrages, sei es für teilbare, sei es für unteilbare Leistungen (§§ 427, 431 BGB).

Zweitens bei Verbindlichkeiten, welche die Gesellschaft während des Bestehens der Gesellschaft auf Grund eines Rechtsgeschäftes mit Dritten oder auch mit einzelnen Gesellschaftern auf eine teilbare Leistung (§ 427 BGB) und ohne Rücksicht auf ein etwa vorliegendes Vertragsverhältnis auf eine unteilbare Leistung eingeht (§ 431).

Drittens bei Verbindlichkeiten auf Grund unerlaubter Handlungen (§§ 830, 840 BGB), wenn das Delikt bei Führung der Gesellschaftsgeschäfte begangen ist oder bei den Fällen der „Tierhaftung" (§§ 833, 834 BGB).

Bei der relativen Selbständigkeit und Parallelität der beiden Rechtsverhältnisse haben die Gläubiger der gemischten Gesellschaftsschulden grundsätzlich freie Wahl, sich aus dem Gesellschafts- oder dem Privatvermögen zu befriedigen. Die Haftung mit dem Privatvermögen ist keine subsidiäre. Auf Grund des obligatorischen Verhältnisses haften die Einzelgesellschafter mit ihrem Vermögen nicht als Mitglieder der Gesellschaft, sondern als Mitschuldner, so daß sie Schuldner bleiben auch nach Auflösung der Gesellschaft.

Bei der OHG ist nach § 128 HGB bestimmt, daß alle Gesellschafter für die Schulden der OHG als Gesamtschuldner persönlich haften. Bei der Gesellschaft des BGB war eine solche Bestimmung nicht notwendig. Die Geschäfte werden bei ihr nicht im Namen der Firma abgeschlossen. Darum haften die Gesellschafter, ohne daß die Gesellschaft als solche nach außen hervortreten muß, wie verbundene Personen, die sich gegenseitig verpflichten. Der Gläubiger kann sich an ihr Privatvermögen halten, und zwar kann er im Zweifel von jedem das Ganze fordern, wenn nicht der Spezialvertrag im Einzelfall etwas anderes bestimmt. Denn die gesetzlichen Vorschriften des § 427 BGB über die Haftung mehrerer Verpflichteten für vertragliche Schulden sind nicht zwingenden Rechtes. Die Gesellschafter können durch Spezialvereinbarung im Einzelfall eine andere Art der Schuldenhaftung ausmachen. Das BGB enthält keine Bestimmung, daß die Genossen für die Gesellschaftsschulden schlechthin als Gesamtschuldner haften, wie es für die offene Handelsgesellschaft HGB § 128 ausgesprochen ist. Wie die Parteien im einzelnen Falle die Haftung der Schulden normieren wollen, ist ganz in ihr Belieben gestellt. Die Parteien können ausmachen, daß das Gesellschaftsvermögen dem Gläubiger für die

Schuld nicht haften soll, daß dieser vielmehr nur aus dem Privatvermögen der Genossen Befriedigung für seine Forderung suchen darf. Ebenso ist eine umgekehrte Vereinbarung zulässig: Es soll nur das gemeinschaftliche Vermögen der Gesellschafter zur Befriedigung ihres Gläubigers dienen. Aber nur im einzelnen konkreten Falle. Grundsätzlich gilt das nicht. Allen derartigen Abweichungen von der gewöhnlichen unbeschränkten Haftung der Gesellschafter ist eins gemeinsam: Durch eine Bestimmung der Genossen untereinander, etwa durch Aufnahme einer Klausel dieses Inhalts im Gesellschaftsvertrage, kann ein solches Resultat nicht herbeigeführt werden, sondern nur durch konkrete Vereinbarung mit dem einzelnen betreffenden Gläubiger im einzelnen Falle. Dem Dritten, der mit den Gesellschaftern in Geschäftsverkehr tritt, ist in vielen Fällen das Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses unter den Schuldnern gänzlich unbekannt. Dem Gläubiger gegenüber treten die Gesellschaftr gerade so auf, wie jede andere Mehrheit von Personen, die mit ihm Verträge abschließt. Die Möglichkeit, die Frage der Haftung der Gesellschafter einseitig im Gesellschaftsvertrag mit Wirkung gegen Dritte zu regeln, würde für den Verkehr im täglichen Geschäftsleben unhaltbare Zustände schaffen [98]).

Durch die alleinige Haftung des Gesellschaftsvermögens wäre eine genügende Sicherheit für den Gesellschaftsgläubiger nicht begründet. Die Gebundenheit des Gesellschaftsvermögens besteht nicht im Interesse des Gesellschaftsgläubigers, sondern im Interesse der Gesellschafter. Sie ist außerdem dispositiv, und wenn alle Gesellschafter einverstanden sind, können die Bestandteile des Gesellschaftsvermögens jederzeit ausgeschieden und in das Privatvermögen der einzelnen überführt werden, ohne daß die Gläubiger es hindern können [99]).

### b) Der verbandsrechtliche Charakter der Gesellschaftsschulden.

Die Klärung und Scheidung der obigen Begriffe Gesellschaftsschulden und Privatschulden, reine und gemischte Gesellschaftsschulden, läßt uns den verbandsrechtlichen Charakter der eigentlichen Gesellschaftsschulden erkennen. Wenn auch der Begriff der Gesellschaftsschulden vom Gesetz nicht näher bestimmt ist, so können unter den „gemeinschaftlichen Schulden" der §§ 733, 735, 738, die bei der Auseinandersetzung aus dem Gesellschaftsvermögen

98) O. Müller, Haftung der Gesellschafter, a. a. O., S. 34.
99) Knoke, a. a. O., S. 79.

zu bestreiten sind, nur solche Schulden verstanden werden, die von der Gesellschaft als solcher bezw. aus der gesellschaftlichen Geschäftsführung entstanden sind, für die also auch die Gesellschaft, d. h. die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit einzustehen haben.

α) Grundsätzlich ist die Möglichkeit der Gesellschaftsschulden mit dem Begriff des Gesellschaftsvermögens gegeben. Die Gesellschaft kann aus demselben Grunde Trägerin von Verbindlichkeiten sein, als sie spezifische Trägerin von Rechten sein kann. Denn Recht und Pflicht sind notwendige Korrelate. Mit dem gesetzlichen Tatbestand eines eigenen Gesellschaftsvermögens ist auch die Möglichkeit von Gesellschaftsschulden vorhanden. Ebensowenig wie jener dem Mangel einer juristischen Person bei der Gesellschaft widerspricht, so auch dieser, auch wenn keine einzige eindeutige Redewendung sich findet, durch welche die Gesellschaft als eigene Trägerin ihrer Schulden hingestellt wird, auch wenn der Gläubiger dieser Gesellschaftsschulden nur durch ein gegen alle Gesellschafter wirksames Urteil nach § 736 ZPO zum Ziele kommen kann.

β) Der gesetzliche Tatbestand. Zwei Rechtssätze beherrschen das Vermögensrecht der Gesellschaft: Einmal: für das Gesellschaftsvermögen sind zuständig die Gesellschafter, aber nur in ihrer Verbundenheit. Zweitens: die Aktiven sind den Passiven verhaftet (§ 733, 735 BGB). Daraus folgt, daß der Gesellschafter eine Liquidation vor sich gehen lassen muß, und daß sich praktisch die Anteile beschränken müssen auf den Anteil am Liquidationsergebnis. Sind keine Passiven da, so steht nach Auflösung der Gesellschaft der Teilung nichts im Weg [100]).

Es liegt im Wesen und Zweck der gesellschaftlichen Verbundenheit, daß Gesellschaftsverbindlichkeiten auch auf das Gesellschaftsvermögen zu legen sind und auf das Gesellschaftsvermögen gelegt sein sollen, daß also in erster Linie die Gesellschafter mit dem Gesellschaftsvermögen für ihre Verpflichtung einstehen wollen, d. h. die Gesellschaftsschulden sind Gesamthandschulden.

Jedenfalls sind im Innenverhältnis die Gesellschaftsschulden als Passivbestandteile des Gesellschaftsvermögens anerkannt, sie sind aus dem Gesellschaftsvermögen zu berichtigen und stellen, insoweit das Gesellschaftsvermögen nicht ausreicht, einen Fehlbetrag im Sinne eines gesellschaftlichen Passivvermögens dar [101]).

---

100) Affolter, Zur Lehre von der Gesellschaft, S. 227.
101) v. Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit, S. 26.

Im Außenverhältnis wird es darauf ankommen, ob der Gläubiger mit der Gesellschaft hat kontrahieren wollen oder nicht. Es wird aber im Zweifel die Vermutung dafür stehen, daß die Parteien mit der Gesellschaft kontrahieren wollen.

Hier liegt ein formalrechtlicher Unterschied zur OHG, daß nämlich bei letzterer das Gesellschaftsvermögen von dem Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter nicht nur durch seine Zuständigkeit, d. h. im Verhältnis von Gesellschaft zu Gesellschaftern getrennt ist, wie bei der Gesellschaft des BGB, sondern daß es auch im Verhältnis der Gesellschaft zu Außenstehenden eine dem Vermögen der Gesellschafter gegenüber unabhängige Stellung hat, was bei der Gesellschaft des BGB nicht der Fall ist. Sinnfälliger Ausdruck dieser Selbständigkeit des Vermögens ist die „Firma", die insofern den Charakter einer rein formalrechtlichen Bezeichnung hat. Bei der Gesellschaft des BGB besteht keine entsprechende Sonderung des Gesellschaftsvermögens als Haftungsobjekt. Deshalb haften trotz der Personenverbandseinheit und ihrer eigenen Rechtserheblichkeit die Gesellschafter ohne weiteres mit allem, was sie, sei es jeder für sich, sei es gemeinsam, besitzen [102]).

Es geht aber nicht an, aus der Tatsache, daß ein eindeutiger Terminus für Gesellschaftsschuld im Gesetzestexte fehlt, oder, daß die Texte der §§ 718, 733 BGB, 736 ZPO die Frage nach der Verbandsschuld weder im positiven Sinne noch im negativen Sinne erörtern, den verbandsrechtlichen Charakter der Gesellschaftsschulden zu bestreiten und für sie die ausschließliche Anwendung der §§ 420 ff. BGB fordern zu wollen. Mag also im gesetzlichen Tatbestand der Begriff der Gesellschaftsschuld auch unvollkommen durchgeführt sein, der Begriff der Verbandsschuld (Gesamthandschuld) im Gegensatz zur Gesamtschuld liegt vor; die Gesellschaft haftet zur gesamten Hand mit dem Gesellschaftsvermögen, der Gläubiger kann daher ein gegen alle Gesellschafter wirksames Urteil erlangen und auf Grund desselben die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen betreiben (§ 736 ZPO).

### c) Auswirkungen auf den Gesellschaftergläubiger.

Die Gesellschaft als reale Verbandseinheit mit ihrer eigenen, wenn auch relativen Rechtssubjektivität, kann auch ihren Mitgliedern rechtlich und rechtserheblich, sei es durch die Geschäftsfüh-

102) R. Heinsheimer, a. a. O., S. 118.

rung, sei es durch satzungsgemäße Beschlüsse, gegenübertreten. Sie kann Eigentum erwerben, Rechtsgeschäfte dinglicher und obligatorischer Art abwickeln, sie wird durch den Geschäftsführer nicht nur vertreten, sondern auch verkörpert. Die Stellung des betreffenden Gesellschafters, mit dem die Rechtsgeschäfte getätigt werden, ist die eines Dritten. Er wird wegen der hierbei entstehenden Forderungen Gesellschaftsgläubiger, d. h. Gläubiger, dessen Forderung sich gegen die Gesellschaft als solche richtet und wegen der Verbindlichkeiten aus der Geschäftsführung oder aus dem Gesellschaftsverhältnis unmittelbar Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen beanspruchen können. Es sind zwei verschiedene Gruppen zu unterscheiden:

*α*) Gesellschaftergläubiger mit Ansprüchen aus einem Drittverhältnis, wie durch Zessionserwerb der Forderung eines Drittgläubigers, Forderung aus privaten Lieferungsverträgen und anderen Rechtsgeschäften wie Pacht, Miete usw. Hier ist das Gesellschaftsvermögen wie für jede Schuld im Außenverhältnis verhaftet. Da das Recht hier in keinem inneren Zusammenhang steht mit dem Gesellschaftsverhältnis, kann das Verbandsprinzip sich auch nicht auswirken, mögen auch vielleicht äußere, rein obligatorische Ausgleichungen aus Anlaß der Gesellschaftsbeziehungen möglich sein.

*β*) Gesellschaftergläubiger mit Ansprüchen aus dem Gesellschaftsverhältnis, wie Ansprüche aus Geschäftsführung, auf Gewinnanteil, Auseinandersetzungsguthaben usw., alle die Fälle, in denen einem Gesellschafter für einen Anspruch aus dem Gesellschaftsverhältnis das Gesellschaftsvermögen haftet.

Für den Anspruch auf den Gewinnanteil und das Auseinandersetzungsguthaben haftet das Gesellschaftsvermögen und nur das Gesellschaftsvermögen. Eine Haftung des Privatvermögens kommt nicht in Betracht, weil die Haftung der Natur des Anspruches widerspricht. Wie steht es aber mit den übrigen Ansprüchen durch Aufwendungen aus der Geschäftsführung usw.? Es ist gar keine Frage, daß zunächst das Gesellschaftsvermögen haftet, da diese Ansprüche innerlich mit dem Gesellschaftsverhältnis verknüpft sind, z. B. ein Geschäftsführer bezahlt eine eigentliche Gesellschaftsschuld aus seinem Privatvermögen.

Kann aber ein Gesellschafter bei Geltendmachung derartiger Ansprüche außerdem die Gesellschafter auf Grund einer gesamtschuldnerischen Haftung in Anspruch nehmen?

Im Innenverhältnis steht dem Gesellschafter während des Bestehens der Gesellschaft nur das Gesellschaftsvermögen und die satzungsmäßigen Beiträge der Gesellschafter zur Erledigung der Ausgaben zur Verfügung. Reicht das vorhandene nicht aus, bleibt nichts anderes übrig, als zu warten, bis sich die finanzielle Lage der Gesellschaft bessert. § 707 BGB sagt klar: Zur Erhöhung des vereinbarten Beitrages oder zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage ist ein Gesellschafter nicht verpflichtet. Eine persönliche Inanspruchnahme der Gesellschafter während der Dauer der Gesellschaft ist ausgeschlossen.

Aber der Gesellschafter steht als Privatgläubiger auch in einem Außenverhältnis, in der Stellung eines eigentlichen Drittgläubigers. Er kann die Gesellschaft kündigen und muß im Wege des geordneten Auseinandersetzungsverfahrens das Liquidationsergebnis abwarten. Reicht das auch nicht aus, dann haften ihm die übrigen Gesellschafter nach § 420 BGB abzüglich des Betrages, der auf ihn selbst fällt; es haftet also das Vermögen eines jeden Mitgesellschafters auf den Betrag, in dessen Höhe die Aufwendung zugute gekommen ist, also verhältnismäßig, wobei auch ein Teil auf den Berechtigten fällt. Zu einer gesamtschuldnerischen Haftung fehlen bei derartigen Aufwendungen unter gewöhnlichen Umständen die Voraussetzungen der §§ 427 und 421 BGB[103]).

γ) Bei anderen Ansprüchen von Gesellschaftergläubigern, die durch Gesellschafter infolge Delikts oder Mißbrauchs ihrer gesellschaftlichen Befugnisse entstanden sind, liegt keine innere Beziehung zum Gesellschaftsverhältnis vor, darum kein Anspruch an das Gesellschaftsvermögen. Es gelten die Bestimmungen der §§ 830—840 BGB.

### d) Folgerungen auf den Ausgleich von Forderungen.

Das Gesellschaftsvermögen bedeutet vollkommene Trennung vom Einzelvermögen, und zwar Trennung nicht nur, wie beim Sondergut, durch besondere Verwaltung und Abgrenzung der Schuldhaftung, sondern vor allem durch die Verschiedenheit des Subjekts. Das Gesellschaftsvermögen gehört keinem Gesellschafter, es gehört dem Personenverband der Gesellschaft. Ein Recht am Gesellschaftsvermögen ist nicht zugleich ein dingliches Recht des einzelnen Gesellschafters. An der Sache, die zum Gesellschaftsver-

103) Geiler I, a. a. O., Anm. 88, S. 208, Anm. 154 c u. d S. 190 f.; Wieland I, a. a. O., S. 842, Anm. 15; R. Heinsheimer, a. a. O., S. 48 f.

mögen gehört, hat der Einzelne kein Eigentum, auch keinen Teil des Eigentums. Er ist an ihr nur insofern berechtigt, als er mit seinen Genossen verbunden Subjekt des Gesellschaftsvermögens ist. Das zeigt sich besonders bei Forderungen, die zum Gesellschaftsvermögen gehören. Gläubiger ist keiner von den Gesellschaftern, sondern die Gesellschaft, die Verbandseinheit. Eine Konsequenz dieser Tatsache ist vom Gesetz für alle Fälle der Gesellschaft ausgesprochen in § 719 Abs. 2 BGB: „Gegen eine Forderung, die zum Gesellschaftsvermögen gehört, kann der Schuldner nicht eine ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehende Forderung aufrechnen“ [104]).

Als wesentliches Erfordernis ist nach § 387 BGB. die Gegenseitigkeit von Forderungen und Schuld anzusehen, d. h. es müssen beide aufrechnenden Parteien in ihrer Person Gläubiger- und Schuldnereigenschaft vereinen. Das ist in der Voraussetzung des § 719 Abs. 2 nicht der Fall. Bei der Gesellschaftsforderung sind sämtliche Gesellschafter Gläubiger, bei der aufzurechnenden Forderung dagegen ist nur der einzelne Gesellschafter Schuldner. Wegen dieser mangelnden Identität von Gläubiger und Schuldner wäre die Aufrechnung auch ohne die besondere Vorschrift des § 719 Abs. 2 BGB ausgeschlossen. Aus diesem Grunde, aber auch weil er damit über seine Gesellschaftsforderung verfügen würde, steht dem betreffenden Gesellschafter selbst die Aufrechnung nicht zu.

Im übrigen gelten folgende Grundsätze nach Geiler I, 1, 157:

1. Steht einer Gesellschaftsforderung eine Gesellschaftsschuld gegenüber, so kann beiderseits aufgerechnet werden. Es kann also der Schuldner der Gesellschafter mit seiner Forderung gegen die Gesellschafter aufrechnen.

Es können ebenso auch die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit mit ihrer Forderung gegen eine Gesellschaftsschuld aufrechnen. Dagegen kann ein einzelner wegen einer Gesellschaftsschuld belangter Gesellschafter allein mit einer Gesellschaftsforderung nicht aufrechnen. Er muß besonders legitimiert sein, die Aufrechnung auch namens der übrigen Gesellschafter zu erklären. Dazu genügt die Einzelvertretung der Gesellschaft.

Handelt es sich um eine Schuld, für die zwar alle Gesellschafter haften, die aber keine Gesellschaftsschuld ist, so kann der Gläubiger nicht aufrechnen.

---

104) v. Thur I, a. a. O., S. 352.

2. Steht einer Gesellschaftsforderung eine Privatschuld eines Gesellschafters gegenüber, so ist die Aufrechnung beiderseits nicht möglich.

a) Einmal kann der Schuldner aus einer Forderung, die zum Gesellschaftsvermögen gehört, nicht eine ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehenden Forderung aufrechnen. Dies ist in § 719 Abs. 2 BGB ausdrücklich ausgesprochen. Es ergibt sich aber auch ohnedies aus der Gesamtzuständigkeit aller Gesellschafter hinsichtlich der Gesellschaftsforderung.

b) Es kann ferner auch der auf Zahlung einer Privatschuld in Anspruch genommene Gesellschafter nicht mit seinem Anteil an einer Gesellschaftsforderung gegen seinen Gläubiger aufrechnen. Denn er kann über seinen Anteil an einem einzelnen Gegenstand des Gesellschaftsvermögens wirksam nicht verfügen, auch nicht mit Zustimmung der anderen Gesellschafter.

c) Der Gesellschafter kann aber ferner auch mit der ganzen Gesellschaftsforderung nicht einseitig gegen eine Privatschuld aufrechnen, selbst nicht mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter. Es fehlt zur Aufrechnung an der Gegenseitigkeit der beiden Forderungen. Wohl aber ist hier eine vertragsmäßige Aufrechnung möglich, wenn alle Gesellschafter einer solchen zustimmen, oder wenn der Gesellschafter, um dessen Privatschuld es sich handelt, allein vertretungsberechtigt ist und kraft dieser Vertretungsmacht in zulässiger Weise den Aufrechnungsvertrag abschließt.

3. Es kann endlich einer Gesellschaftsschuld eine Privatforderung eines Gesellschafters gegenüberstehen, dann ergibt sich eine zweifache Aufrechnungsmöglichkeit:

a) Haftet der Gesellschafter für die Gesellschaftsschuld auch mit seinem sonstigen Vermögen, was regelmäßig der Fall ist, dann kann der Gesellschaftsgläubiger mit seiner Forderung an die Gesellschaft gegen die Privatforderung des Gesellschafters aufrechnen. Ebenso kann auch der persönlich haftende Gesellschafter seine Privatforderung gegen die Gesellschaftsschuld aufrechnen. Dagegen kann ein auf Zahlung einer Gesellschaftsschuld belangter Gesellschafter nicht die Privatforderung eines anderen Gesellschafters aufrechnen.

b) Haftet der Gesellschafter, dem die Privatforderung zusteht, für die betreffende Gesellschaftsschuld nicht persönlich, handelt es sich also um eine reine Gesellschaftsschuld, so ist eine Aufrechnung mit der Privatforderung nur im Wege der vertragsmäßigen Verständigung möglich.

## IV. Das Verbandsprinzip als Immanenzprinzip.

### 1. Das Bestandsrecht der Gesellschaft im allgemeinen.

Die Gesellschaft ist keine nur äußere tatsächliche oder gesetzliche Verbundenheit, kein communio incidens wie die Erbengemeinschaft, keine dingliche Gemeinschaft wie die Bruchteilsgemeinschaft, keine nur individualrechtliche Verpflichtungsverbundenheit wie die societas romana, sie ist ein zwar auf freiem Vertrag ruhender, aber doch von diesem wesentlich verschiedener Personenverband, wesentlich verschieden durch ein ganz anderes Prinzip, das Verbandsprinzip.

Dieses Verbandsprinzip gibt der Gesellschaft ihre eigene Struktur und spezifische Dynamik.

Das Verbandsprinzip als der Gemeinschaftswille zur Verbundenheit, d. h. zur Gesellschaft ist ein organisches Prinzip, ein Prinzip organischer Immanenz, insofern als es eine Selbstzwecklichkeit, d. h. eine innerlich wirksame Bezogenheit des Ganzen auf sich selbst und aller Glieder auf die Verwirklichung und das Wohl des Ganzen in sich trägt. Seine Dynamik verwirklicht zunächst und vor allem die Gesellschaft selbst, und zwar nicht nur die gegenseitige Verbundenheit (Mitgliedschaft), nicht nur die Ueber- und Unterordnung (die Organisation), sondern vor allem auch den Verbandsbestand selbst, und zwar als inneres Verbandsprinzip, d. h. als ein dem Verband selbst immanentes und immanent wirkendes Prinzip. Das Verbandsprinzip besagt in seiner Dynamik Selbstverwirklichung der Gesellschaft, Selbstdirektion, Autonomie und Selbstnormierung, Selbstbehauptung, Selbsterneuerung, Selbsterhaltung und Selbstentfaltung.

Ist der immanente Verbandswille zugleich formales und dynamisches Verbandsprinzip, dann muß er die rechtliche Möglichkeit haben, aus sich heraus den persönlichen Gesellschaftsbestand zu erhalten, zu erneuern, ihn zu schützen vor vorzeitiger Auflösung und Zerfall. Alles, was der Gesellschaft nach dieser Richtung gemeinschaftsrechtlich und vermögensrechtlich zu Gebote steht, z. B. ihre relative Autonomie, ihre Fähigkeit, sich selbst zu erneuern, durch Ausscheiden alter und durch Aufnahme neuer Mitglieder zu wachsen, zu erstarken, Störungen zu verhindern und auszugleichen, sich die nötigen Mittel zu beschaffen, nach innen und außen ihre Lebensinteressen zu wahren, kurz ihr Existenz- und

Lebensrecht zu behaupten, ist bestandsrechtliche Auswirkung des Verbandsprinzips. Denn Verbandsrecht ist immer auch Bestandsrecht.

Gerade diese Immanenz der verbandsrechtlichen Dynamik ist es, welche die Gesellschaft scheidet von partiarischen Rechtsgebilden. Bei diesen findet nicht eine Vereinigung, sondern ein Austausch von Leistungen statt. Wir haben in der Gesellschaft weder das Grundverhältnis der strikten Isoliertheit noch das Prinzip der sich ausschließenden Interessen, noch das Prinzip einer äußeren Zweckverbundenheit, sondern wir haben das Prinzip einer inneren, selbstzwecklich wirkenden Verbundenheit, eine Art organischer Immanenz. Wir haben das immer wieder in den Gesellschaftsverband einströmende selbstzweckliche Wollen und Handeln zum Wohle des Ganzen.

### 2. Das Gemeinschafts-Bestandsrecht.

#### a) Der äußere Gemeinschaftsschutz.

Das Charakteristische der Gesellschaft im Gegensatz zum nichtrechtsfähigen Verein ist neben dem Gesellschaftsvertrag als notwendige Voraussetzung die grundsätzliche Stabilität der Gesellschafter. Die Gesellschaft ist in diesem Sinne grundsätzlich Individualgemeinschaft, d. h. sie ist von vornherein auf einen begrenzten Kreis von bestimmten Personen beschränkt. Im Gegensatz zum Verein ist der Mitgliederwechsel nicht etwas natürlich Gegebenes, sondern nur vertragsmäßiges Ausnahmerecht. Die Gesellschaft ist ein Rechtsverhältnis, für welches die Individualität, d. h. die Bestimmtheit der Mitglieder, von wesentlich praktischer Bedeutung ist, und welches wegen der grundsätzlich persönlichen Grundlage an sich einen Wechsel der Mitglieder nicht verträgt. Sie beruht im wesentlichen auf dem wechselseitigen Vertrauen ihrer Mitglieder, und ist an deren Person nach der aktiven wie nach der passiven Seite gebunden. Die Integrität ihres Personenbestandes ist für ihren Bestand naturgemäß so sehr gefordert, daß ein Wechsel der Mitglieder als wesentliche Aenderung des Gesellschaftsvertrages und als eine den Charakter der Vereinigung zerstörende Tatsache grundsätzlich und notwendig die Auflösung der Gesellschaft zur Folge hat: Kündigung, Tod, Konkurs eines Gesellschafters bewirken daher an sich regelmäßig die Auflösung der Gesellschaft des BGB (§§ 723, 727, 728).

*a*) Die Fortsetzungsklausel des § 736 BGB.

Das Selbsterhaltungsrecht der Gesellschaft.

Nur ausnahmsweise läßt das BGB in den §§ 736, 737 die Gesellschaft unter gewissen, genau bezeichneten Voraussetzungen beim Wegfall eines Gesellschafters unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen. Aber gerade diese Ausnahmebestimmung beweist, daß die Bindung an die Individualität der Gesellschafter nicht konstitutives oder unabdingbares integrierendes Wesenselement ist. Hier zeigt sie ihren wesentlichen Unterschied von der absolut individualrechtlichen Societas romana, welche ipso iure mit dem Wegfall eines Mitgliedes ihre Existenz verliert. Die Abhängigkeit der Societas von der Individualität der Mitglieder ist im römischen und auch im gemeinen Recht eine absolute. Ein Abkommen des Inhalts, daß die Societas beim Wegfall eines Sozius fortbestehen soll, ist nicht zulässig, wenigstens nicht in dem Sinne, daß trotz des Ausscheidens des Sozius die Identität der Societas gewahrt bleibt. In einigen Quellenstellen ist zwar der Satz ausgesprochen, daß beim Abschluß des Gesellschaftsvertrages die Vereinbarung getroffen werden kann, es solle die Gesellschaft beim Tode eines Gesellschafters unter den übrigen fortgesetzt werden. Trotzdem aber kann von einer Kontinuität der Societas, bei deren Rechtsnatur als einer reinen obligationenrechtlichen Assoziationsform keine Rede sein; vielmehr ist jene Vereinbarung als eine Erneuerung der Gesellschaft im Voraus aufzufassen. Im Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter beim Tode eines Genossen auf der materiellen Grundlage des dadurch gelösten Gesellschaftsverhältnisses eine neue Gesellschaft einzugehen. Letztere ist aber stets als eine Neugründung, nicht als eine unveränderte Fortsetzung der alten Gesellschaft anzusehen [105]). Aus den Quellen zeigt sich jedoch deutlich, daß bereits das römische Recht die Erhaltung der Gesellschaft beim Tode eines Gesellschafters nach Möglichkeit anstrebte. Daß es ihm nicht gelungen ist, dieses Ziel zu erreichen und das Dasein der Societät von den Personen der Gesellschafter unabhängig zu machen, ist auf den streng obligatorischen Rechtscharakter der Sozietät zurückzuführen, der das Ausscheiden eines Gesellschafters unter Fortbestand der Gesellschaft schlechterdings nie zuläßt.

Die spätere Rechtsentwicklung hat unter Zugrundelegung des deutschrechtlichen Prinzips der gesamten Hand dahin

105) Brinz, Lehrbuch der Pandekten 1873, Bd. 2, S. 794; Windscheid-Kipps, Pandektenrecht 1906, Bd. 2, S. 741.

geführt, das Ausscheiden eines Gesellschafters in dem Sinne zu ermöglichen, daß der Fortbestand der Gesellschaft nicht davon betroffen wird.

Zunächst hat das preußische Landrecht (ALR I, 17, 278 ff., 291, 3, II 8, 658—670) mit dem römisch-rechtlichen Grundsatz, daß der Tod eines Gesellschafters stets die Auflösung der Gesellschaft zur Folge haben müsse, gebrochen und die unmittelbare Fortsetzung der Gesellschaft beim Wegfall eines Mitgliedes ausdrücklich für zulässig erklärt.

Vor allem aber trat im Handelsrecht das Bestreben zutage, entsprechend den auf Erhaltung der OHG abzielenden Anforderungen des Handels und Verkehrs den unveränderten Fortbestand der Gesellschaft beim Wegfall eines Teilhabers in weitgehendem Maße zu ermöglichen.

Unter Anwendung des Gesamthandsprinzips hat das ADHGB das Ausscheiden eines Gesellschafters bei Fortdauer der OHG unter bestimmten Voraussetzungen gestattet (Art. 127/128) und einen Teil der betreffenden Bestimmungen hat das deutsche BGB in das Recht der Gesellschaft übernommen, „um einem unverkennbaren praktischen Bedürfnis entgegenzukommen" (Mot. II. 617).

Alle diese gesetzlichen Vorschriften über das Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer Gesellschaft haben den Schutz der Gesellschaft zum Zweck. Sie sind bestimmt, den Bestand der Gesellschaft vom Willen der einzelnen Gesellschafter sowie von allen Zufälligkeiten in ihrer Person unabhängig zu machen und dadurch die fortdauernde Erfüllung und Erreichung des Gesellschaftszweckes nach Möglichkeit zu sichern. Solange die Gesellschaft von der Individualität der Mitglieder abhängig ist, wird die Erreichung des Gesellschaftszwecks leicht verhindert oder doch sehr erschwert, und diese Abhängigkeit der Gesellschaft von der Persönlichkeit ihrer Mitglieder wirkt um so störender, auf je längere Dauer die Gesellschaft berechnet ist.

Jene Abhängigkeit zu beseitigen wird den Gesellschaftern durch die erwähnten Gesetzesbestimmungen ermöglicht; sie geben ihnen ein Mittel, die Unabhängigkeit des Bestandes der Gesellschaft von dem Wechsel der einzelnen Mitglieder herbeizuführen und so die Vereitelung des Gesellschaftszwecks seitens der Einzelnen zu verhindern. Die Gesellschafter sind dadurch in den Stand gesetzt, das Interesse, das sie an der ungestörten Erhaltung und Fortführung des Gesellschaftsunternehmens haben, zu wahren, ohne die wesentlichen wirtschaftlichen Nachteile, die mit der Auflösung und

Liquidation und einer nachfolgenden Gründung einer neuen Gesellschaft verbunden sind, in den Kauf nehmen zu müssen.

Der innere Grund dieser gesetzlichen Möglichkeit liegt darin, daß eben die Gesellschaft des BGB kein absolut individualrechtliches Gebilde ist, sondern daß sie in ihrem Wesen von einem anderen Prinzip beherrscht ist, dem Verbandsprinzip. Im Wegfall eines Gesellschafters liegt zwar eine wesentliche Aenderung des Personenbestandes der Gesellschaft, ebenso wie im Eintritt eines neuen Gesellschafters. Dennoch widerspricht ein Wechsel der Mitglieder dem Gesellschaftsverbande als solchem nicht, wenn durch eine besondere vertragsmäßige Uebereinkunft zwischen den Beteiligten der Austritt und Eintritt eines Gesellschafters unter Fortbestand der Gesellschaft vorgesehen ist[106]).

„Die gesamte Hand", sagt Gierke, „kann sich unter Einfügung eines neuen Gesellschafters erweitern oder durch Ausscheidung eines bisherigen Gemeiners verengern durch einen kraft Erbgangs oder Sondernachfolge in seine Stelle rückenden Gemeiners zulassen. Von einer solchen Veränderung bleiben alle Rechtsverhältnisse der Personenmehrheit als solche unberührt"[107]).

Scheidet also auf Grund eines gemeinsamen Beschlusses sämtlicher Gesellschafter einer von ihnen aus, „so umschließt das personenrechtliche Band, welches bis dahin alle Gesamthänder zufolge ihres gemeinsamen Willens vereinte, nur noch die zurückbleibenden, es wird nicht aufgelöst und neu geschürzt, sondern es wird nur eine Person losgebunden"[108]). Also das Verbundenheitsprinzip läßt einen vertragsmäßigen Personenwechsel zu, der das Wesen und die Existenz der Gesellschaft nicht berührt. Mit anderen Worten: ist durch eine eigene, in den Gesellschaftsvertrag aufgenommene Fortsetzungsklausel der Fortbestand der Gesellschaft gegen die auflösende Wirkung des Ausscheidens von Gesellschaftern gesichert, kann die Gesellschaft bestehen bleiben. Fehlt dagegen eine derartige Sicherungsklausel im Gesellschaftsvertrag, oder ist sie nicht in rechtsgültiger Weise getroffen, so kann beim Wegfall eines Gesellschafters ein Fortbestehen der Gesellschaft unter den übrigen weder von dem fortfallenden Gesellschafter noch von seinen bisherigen Mitgesellschaftern einseitig ermöglicht werden. Es zieht dann vielmehr der Wegfall des Gesellschafters wegen des persön-

---

106) Rau, Das Ausscheiden des Gesellschafters, a. a. O., S. 2 ff.
107) Gierke DPR III, S. 691.
108) Gierke, Holzendorff Enzyklopädie Bd. I, S. 937.

lichen Gesellschaftsverhältnisses gemäß § 723 ff., von Rechts wegen die Auflösung der Gesellschaft nach sich.

Die erwähnte Fortsetzungsklausel ist aber nur deshalb möglich, weil das Wesen der Gesellschaft auf dem Verbandsprinzip und nicht auf reinem Vertrag beruht. Aus diesem Grunde braucht sich auch diese Sicherungsklausel für den Fortbestand der Gesellschaft nicht bloß auf die in den §§ 723 ff. BGB aufgeführten Auflösungsgründe zu beziehen, sondern kann sich auch auf jeden anderen Auflösungsgrund, speziell auch auf den Auflösungsgrund des § 725 BGB erstrecken, denn es ist nicht einzusehen, warum im Gesellschaftsvertrag nicht vereinbart werden könnte, daß bei Kündigung der Gesellschaft seitens eines Privatgläubigers eines Gesellschafters letzterer auszuscheiden hat. Die entsprechende Anwendung des § 736 BGB auf diesen Auflösungsgrund hin ist umso weniger bedenklich, als dadurch die Interessen des Privatgläubigers in keiner Weise verletzt werden, denn er hat nur einen Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben des Gesellschafters in der Höhe, wie letzterer es bei Auflösung der Gesellschaft im Moment des Ausscheidens erhalten haben würde. Nach § 736 BGB braucht es also unter Anwendung der Fortsetzungsklausel beim Ausscheiden eines Gesellschafters nicht zur totalen Auflösung und Liquidation der Gesellschaft zu kommen[109]).

*β*) Das Ausschließungsrecht der Gesellschaft. § 737 BGB.

Zum Selbstschutz und zur Selbsterhaltung der Gesellschaft gehört notwendig das Recht der Ausschließung von Mitgliedern. Andernfalls wäre die Tätigkeit der Gesellschaft, die Erreichung des Gesellschaftszwecks, grundsätzlich gefährdet. Darum gewährt § 737 BGB die Möglichkeit, einen Gesellschafter, der den anderen einen Kündigungsgrund im Sinne des § 723 Abs. 1 Satz 2 gibt, aus der Gesellschaft auszuschließen und sie ohne ihn fortzusetzen, wenn im Gesellschaftsvertrag das Fortbestehen der Gesellschaft für den Fall der Kündigung eines Gesellschafters bestimmt ist. Voraussetzung für das unfreiwillige Ausscheiden eines Gesellschafters ist also, daß in einer Person ein wichtiger Grund vorliegt, der die übrigen zur Kündigung berechtigen würde, und daß ihm die Ausschließung von den anderen Gesellschaftern gemeinschaftlich erklärt wird[110]). Die Vorschrift des § 737 ist Selbsterhaltungsrecht der

109) Rau, Das Ausscheiden des Gesellschafters, a. a. O., S. 15.
110) Rau, a. a. O., S. 20.

Gesellschaft und beruht einerseits auf dem persönlichen Charakter der Gesellschaft, auf der Erwägung, daß in vielen Fällen den Gesellschaftern nicht zugemutet werden kann, die Gesellschaft mit einem Gesellschafter fortzusetzen, in dessen Person ein derartiger Umstand eingetreten ist, daß es aber andererseits ihren Interessen widerstreiten kann, wenn sie sich zur Auflösung der Gesellschaft genötigt sehen. Aus diesem Dilemma werden sie durch die Vorschrift des § 737 befreit. Sie erhalten dadurch die Möglichkeit, von ihrem unfähigen und ungeeigneten Genossen loszukommen und gleichwohl der Auflösung der Gesellschaft zu entgehen.

Die Gründe können sowohl ethischer wie wirtschaftlicher Natur sein, soweit sie eben dazu angetan sind, die Gesellschaft in einen solchen Mißkredit zu bringen, daß ihre Arbeit in Frage gestellt zu werden droht. Im einzelnen entscheidet mit die konkrete Struktur und der besondere Zweck der Gesellschaft auf der einen Seite und der einzelne konkrete Fall auf der anderen Seite. Die Entscheidung selbst muß schließlich im Ermessen der Gesellschafter liegen und muß von Fall zu Fall gefällt werden. Die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ausschließung, welche weiter unten erörtert werden, liegen im § 738 BGB.

γ) Das Aufnahmerecht der Gesellschaft.

Ist der Eintritt eines neuen Gesellschafters möglich, ohne daß die Gesellschaft dadurch aufgelöst wird? Das BGB enthält darüber keine Vorschrift. Aus § 727 Abs. 1 ist nur zu entnehmen, daß im Gesellschaftsvertrag für den Fall des Todes eines Gesellschafters die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen vereinbart werden kann, nicht aber, ob in die Gesellschaft ein neuer Gesellschafter unter Lebenden eintreten kann. Hier stehen sich die zwei Ansichten, Möglichkeit und Nichtmöglichkeit, in der Literatur scharf gegenüber.

Man sagt, die Gesellschaft sei ein an die Individualität ihrer Mitglieder wesentlich gebundenes Vertragsverhältnis, das den Eintritt eines neuen Gesellschafters unter Fortbestand der alten Gesellschaft nicht zulasse; eine analoge Anwendung der für das Ausscheiden eines Gesellschafters in den §§ 736 ff. gegebenen Vorschriften sei nicht statthaft, da sie Ausnahmebestimmungen seien. Darauf ist zu erwidern:

αα) Das Gesetz sagt positiv garnichts, eine Analogieanwendung steht nicht im Wege, wenn der Sinn des analog angewandten Gesetzes erfüllt wird.

$\beta\beta$) Die Individualität der Gesellschafter ist wohl eine grundsätzliche Norm für die Gesellschaft, aber nicht begriffswesentlich, und haftet ihr natural, aber nicht absolut an. Die Individualität ist nicht Selbstzweck, sondern dem Gesellschaftszweck als solchem untergeordnet. Die Individualität der Gesellschafter ist grundsätzlich aus dem persönlichen Vertrauensverhältnis der Gesellschafter zueinander gefordert. Die enge Beziehung zueinander macht die Bestimmtheit der Gesellschafter zu einer grundsätzlich naturalen Gegebenheit, aber es hieße die Natur und die Stoßkraft der Gesellschaft unnötig einschränken, wollte man die Aufnahme neuer Glieder unter allen Umständen ausschließen.

$\gamma\gamma$) Die Gesellschaft ist ihrem Wesen nach kein Vertrag, sondern ein Verband mit eigenen immanenten Gesetzen. Das höchste Gesetz für den Gesellschaftsverband ist der Gesellschaftsbestand, das Gesellschaftswohl, der Gesellschaftszweck. Darum entscheidet schließlich und letztlich in allen wichtigen Fragen der verbundene Wille der Gesamtheit. Das Individualitätsgesetz kommt nicht mehr in Frage, wenn sämtliche Gesellschafter damit einverstanden sind, einen Dritten in ihre Gemeinschaft aufzunehmen[111]).

$\delta\delta$) Spricht für die Möglichkeit der Aufnahme neuer Mitglieder der Umstand, daß die Zulässigkeit des Eintritts eines Gesellschafters in die OHG, auf welche gemäß § 105 Abs. 2 HGB die Vorschriften des BGB über die Gesellschaft subsidiär Anwendung finden, in den §§ 24, 130 HGB offensichtlich vorausgesetzt wird.

Die Möglichkeit des Fortbestehens der Gesellschaft sowohl beim Ausscheiden wie beim Eintreten von Gesellschaftern liegt im Verbandscharakter der Gesellschaft, deren Identität nicht abhängig ist von der Identität der Gesellschafter. Die Identität eines rein individualrechtlichen Verhältnisses steht und fällt mit der Identität der Parteien. Wäre die Gesellschaft ihrem Wesen nach ein Schuldverhältnis, würde mit dem Ausscheiden und Eintreten von Gesellschaftern das alte Schuldverhältnis aufhören und ein neues Schuldverhältnis unter den Zurückgebliebenen entstehen müssen.

Die bisherige Gesellschaft kann also unter der Fortsetzungsklausel nicht nur tatsächlich bestehen, insofern etwa das Gesellschaftsvermögen bleibt und das Unternehmen fortdauert, sondern sie bleibt auch juristisch erhalten. Die fortbestehende Gesellschaft ist juristisch bei aller materiellen Veränderung formell dieselbe Gesellschaft, mit der ursprünglichen rechtlich identisch in ununterbrochener Einheit. Wenn auch tatsächlich das persönliche Sub-

111) Planck, BGB 3. Aufl., S. 873, Bem. 2 zu § 736.

strat der Gesellschaft, die Personengemeinschaft, durch den Wegfall oder die Neuaufnahme eines Gesellschafters eine Aenderung erfährt, so wird zwar die Gesamtheit der Gesellschafter als Vielheit, aber nicht als Verband eine andere. Unter der Fortsetzungsklausel ändert sich das Formal- und darum auch das Individuationsprinzip der Gemeinschaftswille nicht. Es hat lediglich im Substrat sich etwas geändert. Die Gesellschaft bleibt dieselbe, das sämtliche Gesellschafter umschlingende bisherige Band wird bei Ausscheidung oder Neuaufnahme nicht gelöst, sondern dasselbe Band, was alle verknüpft, gibt den Ausscheidenden frei, umschlingt den neuen Gesellschafter bei der fortbestehenden Verbundenheit der übrigen [112]).

### b) Der innere Gemeinschaftsschutz.

#### α) Das Recht der Gesellschaft auf gesellschaftliches Handeln im allgemeinen.

Daß das gemeinsame Interesse der Gesellschafter für die Zwecke der Gesellschaft, ihre Gestaltung, ihre Erhaltung und Entfaltung eine wesentliche Rolle spielt, ist selbstverständlich. Auch die Gesellschaft des BGB kann die solidarische Verbundenheit in der fruchtbaren Förderung des Gesellschaftszweckes nicht entbehren. Wie der Einzelne an die Gemeinschaft gebunden ist, so ist die Gemeinschaft auch an die Einzelnen gebunden, weil sie auf der Grundlage des gemeinsamen, von den Gliedern anerkannten Gemeinschaftsinhaltes das volle handlungsfähige Leben erst dadurch erhält und bewahrt, daß die Einzelnen in innerer Interessengemeinschaft für den Gesellschaftszweck und für den Gesellschaftsbestand verbunden sind. „Die dem Wesen der Gesellschaft konforme und unter normalen und gesunden Verhältnissen gegebene Harmonie der Interessen ist es", sagt Wieland, „welche die rechtliche Ausgestaltung der Gesellschaftsverträge bestimmt und dem Gesetzgeber die Richtlinien gibt. Auf der Erwägung, daß normalerweise, was der eine leistet, auch dem anderen zugute kommt, ist das Recht der Gesellschaft aufgebaut, da sie eine letzte Zweckbezogenheit, zwar nicht auf den Zweck des Einzelnen als solchen, aber auf die Zwecke aller einzelnen Glieder insgesamt einschließt" [113]).

Auf dieser Tatsache gründet sich der Rechtssatz § 708 BGB, daß der Einzelne für dasjenige Maß von Sorgfalt einzustehen hat, das er in eigenen Angelegenheiten aufzuwenden pflegt. Es entspricht der Baustruktur der Gemeinschaft der Gesellschaft, daß die

112) Rau, a. a. O., S. 27.
113) Wieland I, a. a. O., S. 461.

Gesellschafter bei Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Gesellschaftsverhältnis für die Sorgfalt einander haften, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen. Diese Vorschrift gilt nur für das Innenleben der Gesellschaft, und zwar für alle Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander aus dem Gesellschaftsverhältnis. Sie ist ein inneres Schutz- und Garantiegesetz der Gesellschaft und dieses Gesetz wird dadurch gerechtfertigt, daß bei der Gesellschaft jeder nicht nur die anderen schädigt, sondern auch sich selbst, wenn er bei der Erfüllung seiner Verpflichtungen fahrlässig handelt[114]).

β) Die Geschäftsführungspflicht in Verbindung mit der Geschäftsführungsbefugnis seitens der Gesellschafter ist ebenfalls ein Selbsterhaltungsgesetz der Gesellschaft, da ohne gesellschaftliche Geschäftsführung der Gesellschaftszweck nicht erreicht werden kann. Dieses Gesetz wird vom Existenzrecht der Gesellschaft gefordert. Wenn die Geschäftsführung nach § 709 geregelt ist, kann kein Gesellschafter sich der Beteiligung an dieser Geschäftsführung entziehen, sonst könnte er durch sein passives Verhalten die Führung der Geschäfte, bei der im Falle des § 709 alle Gesellschafter mitzuwirken haben, unmöglich machen. Die Verpflichtung zur Mitwirkung ist daher hier ebenso wie die Berechtigung mit der Mitgliedschaft untrennbar verbunden. Solange für die Geschäftsführung die gesetzliche Regel § 709 gilt, kann ein Gesellschafter seiner Pflicht zur Beteiligung an der Geschäftsführung nur dadurch ein Ende machen, daß er die Gesellschaft zur Auflösung bringt oder sonst seine Mitgliedschaft aufgibt. Wenn die Geschäftsführung abweichend von § 709 geregelt ist, daß die Mitwirkung eines Gesellschafters bei der Geschäftsführung festgelegt ist, so ist zwar auch dann in der Regel der Gesellschafter zur Uebernahme und Ausübung der besonderen Geschäftsführung nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet[115]). Die Pflicht zur Geschäftsführung ist vor allem die Pflicht zum gesellschaftlichen Handeln, die Pflicht, das Interesse der Gesellschaft zu wahren und alles zu meiden und zu verhindern, was diesem Interesse und dem Gesellschaftszweck widerstrebt. Hält ein Gesellschafter z. B. im einzelnen Falle eine von den anderen beabsichtigte Hand-

114) Geiler I, a. a. O., Anm. 105; Schroth, Der Aufbau der Gesellschaft des BGB als Schuldverhältnis und als Gemeinschaftsverhältnis, Diss. Leipzig 1931, S. 90.

115) Geiler I, a. a. O., Anm. 106, S. 130 ff.

lung für die Gesellschaft für schädlich, so steht ihm das Recht des Widerspruchs zu. Er hat das Recht und die Pflicht der Anzeige den übrigen Gesellschaftern gegenüber. Die Gesellschafter sind nie gehindert, gemeinsam in die Geschäftsführung einzugreifen, z. B. das Auftragsverhältnis anders zu regeln, oder anstelle der bisherigen Beauftragten andere einzusetzen oder selbst gemeinsam die Führung zu übernehmen. Ein solches Eingreifen kann namentlich dann notwendig werden, wenn der Beauftragte oder Angestellte sein Verhältnis zur Gesellschaft kündigt[116]).

### γ) Das Recht der Gesellschaft auf Kontrolle und Information.

Das Kontrollrecht ist nicht nur reines Mitverwaltungsrecht, welches aus der Mitgliedschaft als solcher fließt, es ist zugleich ein wesentliches Schutzrecht für den Bestand der Gesellschaft, welches die Gesellschaft sich selber schuldig ist. Gerade daraus, daß das Kontrollrecht, das offenbar den Zweck hat, den Gesellschafter durch persönliche Unterrichtung von dem Stand der Geschäfte Gelegenheit zu geben zu eigenem Eingreifen, in gleicher Weise dem Geschäftsführenden wie dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter zusteht, ergibt sich für den letzteren das Recht und die Pflicht, durch Benachrichtigung des geschäftsführenden Gesellschafters die nötigen Schritte zur Abwendung von Gefahren zu veranlassen, die er bei der Ausübung des Kontrollrechtes erkannt hat[117]).

### δ) Das Recht der Gesellschaft auf Erfüllung der Treupflicht.

Nach der Regel des Lebens darf vorausgesetzt werden, daß der Gesellschafter sich den Gesellschaftszweck zu eigen macht und den Zweck und das Wohl der Gesellschaft nach Kräften zu fördern sich bemüht. In dieser regelmäßig vorhandenen Interessenkoinzidenz liegt vor allem die Pflicht, das gesellschaftliche Vertrauensverhältnis zu respektieren, die Gesellschaft durch Rat zu unterstützen, gesellschaftliche Verbindungen und Erfahrungen zur Verfügung zu stellen, Nachteile und Schäden, die der Gesellschaft drohen, abzuwenden. Insbesondere haben die Gesellschafter eine Treupflicht gegenüber den Mitgesellschaftern, deren Verletzung Schadensersatzpflicht und u. U. auch Unterlassungsansprüche oder Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit[118]) auslösen und einen wichtigen

116) Geiler I, ebendort; Knoke, a. a. O., S. 61.
117) Rathsburg, a. a. O., S. 36.
118) RG in LZ 1912, 545.

Grund zur vorzeitigen Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses (§ 723 BGB) oder auch zur Umgestaltung der Geschäftsführung[119]) abgeben kann. In einer wissentlichen Schädigung der Gesellschaft bei Erreichung des Gesellschaftszweckes läge angesichts der ganzen Natur der Gesellschaft als einer gemeinsamen Wirtschaftsorganisation und angesichts der allgemeinen Verpflichtung, den Gesellschaftszweck zu fördern, ein Verstoß gegen Treu und Glauben. Als eine Verletzung der Treupflicht wäre es z. B. anzusehen, wenn ein Gesellschafter sich unter Verheimlichung von den übrigen Gesellschaftern für gesellschaftliche Leistungen eine besondere Vergütung geben ließe[120]), oder wenn er Unterlagen für Geschäftsgeheimnisse beiseite brächte oder Abschriften für seine persönlichen Zwecke anfertigte[121]), oder Abmachungen, das Stimmrecht anders als im Interesse der Gesellschaft auszuüben[122]) usw., wenn er gegen die Verschwiegenheitspflicht bezw. Geschäftsgeheimnisse handelte, wenn er den Kredit der Gesellschaft wesentlich schädigte, Verfügungen über Bestandteile des Gesellschaftsvermögens träfe, wenn er seine Zustimmung zu Geschäften verweigerte zum Schaden der Gesellschaft. Und ist der Gesellschaftszweck ein solcher, daß eine Konkurrenztätigkeit seitens des Gesellschafters die Gesellschaft schädigen würde, so folgt aus den obigen Grundsätzen die Verpflichtung, eine solche schädigende Konkurrenztätigkeit zu unterlassen[123]). Ob und inwieweit freilich dem Gesellschafter mehr zuzumuten ist, als die Leistung der vertraglich festgelegten Beträge, hängt von Art und Größe der Gesellschaft ab. Bei Kapitalgesellschaften wird ein anderer Maßstab anzulegen sein, als bei einer Gesellschaft, die die ganze Persönlichkeit des Gesellschafters umfaßt und ein gegenseitiges Freundschafts- und Vertrauensverhältnis unter den Gesellschaftern voraussetzt[124]).

ε) Das Recht der Gesellschaft auf loyale Einzelkündigung.

Nach § 723 BGB besteht für den einzelnen Gesellschafter ein zwingendes Recht, den Gesellschaftsvertrag u. U. zu kündigen. Die Kündigung darf aber nicht zur Unzeit geschehen, es sei denn, daß ein wichtiger Grund vorliegt, andernfalls liegt Schadensersatz nicht vor. Diese Regelung ist an sich unmittelbar obligatorischer Natur

119) RG in JW 1924, 671, Nr. 4; Geiler I, a. a. O., Anm. 8 S. 18.
120) RG 82, 10; JW 1913, 29, Nr. 17.
121) RG 107, 71.
122) RG in LZ 1912, 545.
123) Geiler I, a. a. O., Anm. 98, 122.
124) Wieland I, S. 465.

und bedeutet nur indirekt in ihrer mittelbaren Wirkung einen Schutz für den Bestand der Gesellschaft. Auf der anderen Seite hat die Gesellschaft ein direktes Recht auf loyales gesellschaftliches Handeln seitens der einzelnen Gesellschafter; das wäre auch dann der Fall, wenn diese Regelung des § 723 BGB nicht bestände. Die Gesellschaft kann sich außerdem gegen die gesetzlichen Folgen der Kündigung wie Auflösung der Gesellschaft schützen durch eine spezielle Gesellschaftsvertragsbestimmung, welche den Einzelnen verpflichtet, im Falle einer Kündigung seinerseits aus der Gesellschaft auszuscheiden unter Vermeidung der Gesellschaftsauflösung.

Ist die Gesellschaft vertraglich auf eine bestimmte Zeit fest begrenzt, so findet sie in diesem Zeitablauf ihr natürliches Ende. Ist sie auf keine bestimmte Zeit begrenzt, so bleibt als normale Beendigung nur die Möglichkeit der Aufhebung des Gesellschaftsvertrages durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung im Wege der ordentlichen Kündigung nach den Normen des Vertrages. Das Vorliegen eines besonderen Grundes ist nicht notwendig, da das gegenseitige Einverständnis bei Vertragsschluß feststeht. Es können aber besondere Fälle eintreten, in denen dem einzelnen Gesellschafter das Verbleiben in der Gesellschaft nicht weiter zugemutet werden kann, wo der Vertrag für ihn Zweck und Sinn verloren hat, wo eine vorzeitige Aufhebungsmöglichkeit geboten ist im Wege einer außerordentlichen Kündigung.

Vertragsfreiheit bedeutet nicht Vertragsauflösungswillkür. Wesen und Sinn des Vertrages und jeden Vertrages ist gegenseitige rechtliche Verpflichtung und Bindung, und aus dieser besonderen Verpflichtung und Bindung steht der Grundsatz: „pacta sunt servanda". Ein Vertrag ist sinnlos und zwecklos, wenn man sich innerhalb bestimmter Grenzen nicht auf ihn verlassen kann. Er kann nicht der Willkür und dem Belieben des einzelnen Kontrahenten ausgeliefert werden. Das Wesen des Vertrages verlangt den rechtlichen gesetzlichen Bestandsschutz. Das gilt für den gewöhnlichen Dauervertrag, das gilt in erhöhtem Maße für den Gesellschaftsvertrag, der noch dazu eine spezifische Verbundenheit der Gemeinschaft begründen soll. Es läßt sich nun nicht verkennen, daß das Gesellschaftsrecht des BGB sich mit Rücksicht auf den Schutz des Gesellschaftsvertrages aufs Notwendigste und Wesentlichste beschränkt. Das mag begründet sein durch die mehr normgebende und grundsätzliche Natur der rechtlichen Bestimmungen der Gesellschaft, um die Elastizität und die Anpassungsfähigkeit der Gesellschaft im weitverzweigten Wirtschaftsverkehr zu wah-

ren. Innerhalb gewisser Grenzen bleibt auch der Parteivereinbarung noch ein Spielraum, die Gesellschaft schutzrechtlich zu sichern. Vor allem aber ist dieses Minimum an Schutzbestimmungen durch die Individualgemeinschaft der Gesellschaft gegeben. Die Gesellschaft, wie sie im BGB gedacht ist, setzt ein Gesellschaftsverhältnis mit sehr persönlichem Einschlag voraus. Sie ist wesentlich auf die Bestimmtheit von Gesellschaftern eingestellt, auf ein persönliches Vertrauensverhältnis der Gesellschafter untereinander. Nicht der Gesellschaftsvertrag ist das Primäre bei der Gesellschaft, sondern das Gesellschaftsverhältnis, der Gesellschaftsverband. Darum ist auch das Kündigungsrecht bei der Gesellschaft sekundärer Natur, da es wesentlich obligatorisch-individualrechtlicher Natur ist. Dem Verbandsrecht ist das Kündigungsrecht fremd. Es kennt wohl den Begriff des Ausscheidens aus dem Verbande, aber nicht den der Kündigung. Die Gesellschaft ist ihrem Wesen nach altruistischer und nicht individualistischer Natur. Sie trägt die Gesetze ihres Bestandes wesentlich in sich selber in ihren persönlichen und ethischen Grundwerten von Treu und Glauben und persönlicher Loyalität im gesellschaftlichen Handeln auf Grund der Zweckgemeinschaft. Wenn daher der Mangel an positiv rechtlichem Bestandsschutz sich in den Bestimmungen des BGB mit Rücksicht und in Anwendung auf wirtschaftliche Interessengemeinschaften sich besonders fühlbar macht, so dürfte der Grund wohl nicht zuletzt darin gefunden werden, daß bei diesen neuzeitlichen wirtschaftlichen Organisationen, Kartellen, Konzernen das altruistische Wesen der Gesellschaft in ihrem stark persönlichen Charakter hinter den egoistischen Interessenverbänden naturgemäß stark in den Hintergrund gedrängt wird und die Bestandsschutzbestimmungen des BGB für diese Kategorien von Gesellschaft nicht mehr hinreichen. Diese Aufgabe zu lösen, d. h. die Synthese zwischen sozialer Bindung und menschenwürdiger Freiheit zu finden, ist Sache des speziellen Sozialrechts.

### 3. Das Vermögens-Bestandsrecht.

#### a) Das Vermögenserhaltungsrecht.

#### Das Recht der Gesellschaft auf die Beiträge und Leistungen.

##### *α*) Der individualrechtliche Anspruch.

Die Ansprüche auf Beiträge und Leistungen sind grundsätzlich gerichtet auf Einlage in das Gesellschaftsvermögen, für welches sämtliche Gesellschafter in ihrer Verbundenheit zuständig

sind, m. a. W. die Ansprüche gehören in die Zuständigkeit der Gesellschaft als solcher. Das liegt im Sinn und Zweck des Gesellschaftsvertrages. Wie er als Gründungsvertrag als Leistung die Herstellung der Gesellschaft zur Pflicht macht, so macht er zum Bestehen und zur Erhaltung der Gesellschaft die Bereitstellung der notwendigen Mittel an die Gesellschaft zur Pflicht, die Gesellschaft finanziell sicherzustellen, ihr die nötigen Mittel zur Erreichung ihres Zweckes zur Verfügung zu stellen. Die Gesellschafter versprechen im Gesellschaftsvertrage nicht sich gegenseitig die Beiträge usw., sondern sie verpflichten sich vertraglich zu einer Leistung an die Gesellschaft, an die von ihrer Individualität real verschiedene Verbandseinheit. Es handelt sich um einen gegenseitigen Vertrag zu Gunsten eines Dritten. Dadurch wird kein Bruchteilseigentum geschaffen mit dem Zweck, dieses kraft Gesetzes umzuwandeln in Gesamthandseigentum alias Gesellschaftsvermögen, sondern der Gesellschaftsvertrag verpflichtet unmittelbar die Einzelnen, die Beträge an den Verband als eigenes Rechtssubjekt abzuführen, wodurch sie Gesellschaftsvermögen werden. Jeder verpflichtet sich im Vertrag den anderen gegenüber zu seinem Beitrag an die Gesellschaft nach Analogie des Vertrages zu Gunsten eines Dritten, § 328 ff. BGB. Die einzelnen Gesellschafter haben untereinander gegenseitig nur obligatorische Ansprüche auf die Einzelleistungen an die Gesellschaft. Die Gesellschaft selbst hat auf Grund des Vertrages den obligatorischen Anspruch auf die Gesamtleistung, § 328 BGB, und zwar kraft des Vertrages auf Einlage in das zweckgebundene Gesellschaftsvermögen. Auf Grund des Gesellschaftsvertrages wird durch das Klagerecht des Geschäftsführers die Befugnis des einzelnen Gesellschafters im Wege der actio pro socio die Erfüllung der Beitragspflicht von seinen Mitgesellschaftern zu verlangen, bei der Gesellschaft nicht ausgeschlossen. Jeder Gesellschafter ist legitimiert, die Ansprüche gegen die Mitgesellschafter geltend zu machen, und zwar auch dann, wenn er nicht oder nicht allein zur Vertretung der Gesellschaft berufen ist (RG 90, 300; Seuff. A. 81 Nr. 27). Der einzelne Gesellschafter macht aber dabei mit der actio pro socio einen Anspruch geltend, der nicht, auch nicht teilweise zu seinem Privatvermögen, sondern zum ganzen Gesellschaftsvermögen gehört [125]).

### β) Der sozialrechtliche Anspruch.

Eine Gesellschaft, welche die Mittel nicht hat oder nicht aufbringt, ihren Zweck zu verwirklichen, ist ein Widersinn. Darum

125) Geiler I, a. a. O., Anm. 84, S. 105.

hat die Gesellschaft auf Grund ihres Existenz- und Lebensrechtes ein Recht auf die Leistungen ihrer Mitglieder. Die Beiträge haben ihre naturgemäße Bestimmung im Gesellschaftszweck und darum eine rechtliche Beziehung zur Gesellschaft selber. Ohne irgendwelche Beiträge wird die Gesellschaft ihren Zweck nicht erreichen können, ja sie wird in der Regel nicht bestehen können. Erfüllung der Beitragspflicht ist darum nicht bloß Schuldverpflichtung aus dem Gesellschaftsvertrage, sondern Sozialpflicht gegen die Gesellschaft. Sie ist Verpflichtung an die Gemeinschaft und aus der Gemeinschaft, deren Glied der einzelne Gesellschafter ist. Dementsprechend ist der Anspruch auf die Beiträge im Innenverhältnis ein sozialrechtlicher Anspruch der Gesellschaft auf Grund ihres Bestandsrechtes [126]).

Ist das Recht der Gesellschaft auf geldwerte Beiträge und Leistungen der Gesellschaft begriffswesentlich? Dieses Recht liegt weder im Gesellschaftsbegriff überhaupt, noch im Begriff der Gesellschaft des BGB eingeschlossen. Eine andere Frage ist, ob praktisch eine bestimmte Gesellschaft ihrer Natur nach existieren und zweckgerichtet arbeiten kann, m. a. W. ihren ihr eigenen konkreten Gesellschaftszweck erfüllen kann ohne irgend welches Gesellschaftsvermögen. So wenig die faktische Bildung von Gesellschaftsvermögen begriffswesentlich ist (vgl. oben S. 107 ff.), so wenig sind geldwerte Beiträge und Leistungen begriffswesentlich. Sie sind für die Gesellschaft als solche nicht einmal naturales Element. Es handelt sich hier um eine vertragliche Tatfrage, um eine Zweckmäßigkeit, deren Notwendigkeit sich nach der konkreten Natur und dem konkreten Zweck einer Gesellschaft entscheidet.

Sind aber die Ansprüche auf die Einlagen in das Gesellschaftsvermögen schon Bestandteile des Gesellschaftsvermögens? Wenn ja, wer ist zuständig für die Ansprüche auf die Einlagen, wenn sie schon zum Gesellschaftsvermögen gehören?

*αα*) Das Gesellschaftsvermögen ist Vermögen der Gesellschaft; solange keine Gesellschaft existiert, kann es kein Gesellschaftsvermögen geben. Mit dem Gesellschaftsvertrag als zugleich faktischem Gründungsakt, d. h. mit dem Entstehen der Gesellschaft entsteht auch mit dem Anspruch der Gesellschaft auf die Beiträge das Gesellschaftsvermögen. Der Tatbestand der §§ 328 ff. über den Vertrag zu Gunsten eines Dritten kann solange nicht erfüllt werden und die entsprechenden Rechtsfolgen können solange nicht ein-

126) Geiler I, a. a. O., Anm. 84, S. 104.

treten, als der Dritte nicht existiert, und auch die Rechtsfolgen des § 335 sind ohne dieses Erfordernis gegenstandslos.[127]). Mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages entsteht ipso facto die Gesellschaft und ihr Anspruch auf die Beiträge und damit das Gesellschaftsvermögen.

*ββ*) Die Rechtslage der zweiten Frage über die Zuständigkeit entspricht dem Tatbestand des § 335 BGB. Es muß daher auch die Rechtsfolge des § 335 entsprechende Anwendung finden: Wie beim Vertrag zu Gunsten Dritter der Versprechensempfänger, sofern nicht ein anderer Wille des Vertragschließenden anzunehmen ist, selbst die Leistung an dem Dritten fordern kann, auch wenn dem Dritten das Recht auf die Leistung zusteht, so kann auch bei der Gesellschaft, wenn nicht ein anderer Wille der Gesellschafter anzunehmen ist, sowohl der einzelne Gesellschafter als Versprechensempfänger das Recht auf Leistung der Einlage in das Gesellschaftsvermögen geltend machen, obwohl die Beitragsforderung Bestandteil des Gesellschaftsvermögens ist, als auch die Gesellschaft selbst[128]).

### b) Vermögensschutzrecht.

Das Gesellschaftsvermögen empfängt seine juristische Einheit und Geschlossenheit durch die Einheit und Geschlossenheit seines unmittelbaren Rechtssubjekts, durch die Verbandseinheit der Gesellschaft. Diese Verbandseinheit und Willensverbundenheit ist in ihrer Rechtserheblichkeit so stark, daß während des Bestehens der Gesellschaft unmittelbare anteilige Rechte am Gesellschaftsvermögen ihr widersprechen und auch nicht durch den Gesellschaftsvertrag gestattet werden kann, daß der Einzelne über seinen Anteil an den Gegenständen des Vermögens verfügt. Er kann ermächtigt werden, über sie zu disponieren, dann erfaßt seine Macht auch die Anteile der anderen, m. a. W. er handelt für diese; nie aber kann er ermächtigt werden, um seine Beteiligung z. B. an einer Ware oder einer Forderung zu veräußern. Jede Verfügung über seinen Anteil an einem Gegenstand des Gesellschaftsvermögens ist nichtig, solange der Gegenstand zum Gesellschaftsvermögen gehört. Auch mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter kann nicht über den Anteil eines Gesellschafters an einzelnen Gegenständen des

127) RG 76, 276 ff; Gierke, Deutsches Pr. R. III, S. 835, § 209 III; Höniger. Innengesellschaft und Innensyndikat ZHR Bd. 84, S. 471.
128) Schafheutle, a. a. O., S. 53.

Gesellschaftsvermögens verfügt werden, weil eben verfügbare Anteile an den einzelnen Gegenständen garnicht bestehen, sondern nur eine Mitberechtigung oder eine Mitzuständigkeit aller Gesellschafter[129]).

Obwohl eine Uebertragung seiner Mitgliedschaft durch den Einzelnen einfachhin unmöglich ist und eine solche durch Zustimmung der Gesamtheit grundsätzlich nicht möglich ist, so kann sie doch mit Zustimmung der anderen Gesellschafter vertragsmäßig vereinbart werden, und wer sie übernimmt, übernimmt auch die sich aus dieser gegenüber den anderen Gesellschaftern ergebenden Verpflichtungen[130]).

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß bei dem absoluten Verbot jeder Verfügung über den Anteil an den einzelnen Gegenständen eine Veränderung im Verhältnis zum Gesellschaftsvermögen nur als Folge eines Wechsels in der Mitgliedschaft möglich ist. Daß ein solcher Wechsel aber unter Fortbestand der Gesellschaft eintreten kann, ist für das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft durch das Gesetz selbst (§§ 736, 738) klargestellt. Wenn also dem Gesellschaftsvermögen, sei es in seinem Wertgehalt, sei es in seiner konkreten Geschlossenheit und Struktur, innerhalb der Gesellschaft eine Gefahr droht, dann droht sie nur unter dem Wechsel der Gesellschafter. Dagegen steht das Schutzprinzip der Anwachsung des § 738 BGB.

*α*) Der Begriff der Anwachsung. Nach § 738 BGB findet beim Ausscheiden eines Mitgliedes aus der Gesellschaft Anwachsung seines Anteils zu Gunsten der übrigen Mitglieder statt. Diese „Anwachsung" bedeutet also nicht Aenderung der Bestandteile des Gesellschaftsvermögens, sondern eine Verminderung der Zahl der im Gesellschaftsverhältnis stehenden Personen. Es bedeutet auch keine formelle Aenderung des unmittelbaren Rechtssubjektes, nämlich der Verbandseinheit; nur eine materielle Aenderung tritt ein. Da das formelle unmittelbare Rechtssubjekt des Gesellschaftsvermögens sich nicht ändert und keine Aenderung der Bestandteile des Vermögens erfolgt, ist jede Erörterung über rechtsgeschäftliche Uebertragung gegenstandslos. Der Ausscheidende verliert nichts mehr und nichts weniger als das Gesellschaftsverhältnis, d. h. die subjektiven Rechte, welche sich unmittelbar aus dem Verbandsrechtsverhältnis ergeben (cf. S. 83 f.).

129) Geiler I, a. a. O., Anm. 23, 24. S. 35.
130) Geiler I, a. a. O., Anm. 26, S. 38.

Er verliert den verbandsrechtlichen Anteil als essentielles Element, d. h. das Recht der Mitgliedschaft, das Recht, mit den anderen über das Gesellschaftsvermögen im ganzen und die einzelnen Gegenstände derselben zu verfügen.

Er verliert auch den subjektiven verbandsrechtlichen Anteil als naturales Element, d. h. die verbandsrechtliche Anwartschaft auf den Liquidationsanteil nach Auflösung der Gesellschaft.

Er verliert aber nicht die subjektiven Anteile rein obligatorischer und unmittelbar rein dinglicher Natur, insofern und insoweit diese Anteile für den Augenblick des Ausscheidens in Betracht kommen, da er vermögensrechtlich abgefunden wird. Es handelt sich also für die zurückbleibenden Gesellschafter nicht um die Nachfolge in den objektiven Anteil, d. h. in die potentielle Wertquote des Ausscheidenden, sondern einzig und allein um einen rechtlichen Machtzuwachs durch die Verringerung der Zahl der Nichtberechtigten.

Handelt es sich um ein auf den Namen aller im Grundbuch eingetragenes Recht, so wird zwar das Grundbuch materiell unrichtig und die Berichtigung kann verlangt werden (RG 65, 227; 68, 410 ff.), da das Grundbuch aber die Rechtserheblichkeit der Verbundenheit tatsächlich anerkennt, wird an der formellen Rechtswirkung der Grundbucheintragung nichts geändert. Hier liegt ein Unterschied zur OHG, deren Eintragung unter der Firma erfolgt und die trotz Ausscheidens eines Gesellschafters materiell und formell richtig bleibt.

*β*) Der Begriff der Abwachsung. Der Rechtsfigur der Anwachsung entspricht als Korrelat die Abwachsung. Diese Abwachsung ist nichts anderes als die Erweiterung der Mitgliedschaft auf einen neuen Gesellschafter. Es ändert sich wiederum weder formell das Rechtssubjekt noch das Rechtsobjekt. Darum wird dem Neueintretenden kein Eigentum übertragen, weshalb keine Formvorschriften in Frage stehen, sondern er erwirbt das Mitgliedschaftsrecht kraft des Eintritts in die Gesellschaft. Abwachsung ist also nichts anderes als Erwerb des Mitgliedschaftsrechtes in seiner Bezogenheit auf das Gesellschaftsvermögen. Es ändert sich nur etwas in der Mitberechtigung an den Gegenständen des Gesellschaftsvermögens. Eigentum verlieren die Einzelnen nicht, da sie kein Eigentumsrecht hatten. Sie erfahren bloß in ihrer Berechtigung eine Beschränkung. Sie sind in ihrer Herrschaft über das Vermögen und seine Gegenstände nur an die Mitwirkung eines weiteren Einzelwillens gebunden. Da von

einer Uebertragung seitens der übrigen Gesellschafter keine Rede sein kann, fällt auch hier die Auflassung fort (RG 83, 315) [131].

Es handelt sich also bei dem Prozeß der Anwachsung und Abwachsung von Seiten der Gesellschaft weder um eine Eigentumsübertragung, noch um den Erwerb oder Verlust eines Rechtes, das vorher nicht vorhanden gewesen wäre. Es handelt sich ganz allein um Aufgabe oder Erwerb eines Mitgliedschaftsrechtes. Das Eigentumsrecht der Gesellschaft an sich wird nicht berührt oder verändert [132].

γ) Der verbandsrechtliche Charakter der An- und Abwachsung. Schon diese eben auf Grund des gesetzlichen Tatbestandes durchgeführte Begriffserläuterung von Anwachsung und Abwachsung erweist hinreichend ihren verbandsrechtlichen Charakter. Es sind gesetzliche Tatbestände, die nur unter dem Verbandsprinzip, d. h. in der inneren Verknüpfung mit der gesellschaftlichen Verbundeheit und als deren unmittelbares logisches und praktisches Ergebnis verstanden werden.

Die Rechtsprechung in den zitierten Entscheidungen läßt erkennen, daß das Prinzip der Anwachsung nicht nur als positive gesetzliche Spezialbestimmung aufzufassen ist, sondern als Ausdruck und Folge der spezifischen gesellschaftlichen Verbundenheit der Gesellschaft des BGB.

Bezüglich der „Abwachsung", d. h. des Eintritts eines neuen Gesellschafters und seiner Rechtsstellung, enthält das BGB keine Bestimmungen.

Die Möglichkeit einer Aufnahme von Personen in eine bestehende Gesellschaft war früher lebhaft umstritten. Man behauptete eine rechtliche Unmöglichkeit, da der Eintritt eines neuen Gesellschafters die bisherige Gesellschaft notwendig auflöse und eine neue Gesellschaft begründet werde. Eine Auseinandersetzung sei zwar nach der Auflösung in diesem Falle nicht erforderlich, das Vermögen der alten Gesellschaft werde unmittelbar auf die neuen Mitglieder übertragen, wobei dann auch dem Hinzutretenden ein ideeller Anteil an ihm erwachse. Im Anschluß an Gierke hat sich aber die richtige Auffassung durchgesetzt, nach welcher die für den Austritt geltenden Vorschriften des § 738 BGB entsprechend

131) Geiler I, Anm. 164, S. 201 f.; Anm. 165, S. 202; Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit, S. 18 ff.; v. Thur I, a. a. O., S. 584 f.; Kaufmann, a. a. O., S. 79 ff.

132) RG 3. Sen. 14. X. 1895; Seuffert 54, 179; OKG 7. Sen. 19. IV. 1909, S. 54.

anzuwenden sind im Sinne des oben erläuterten Abwachsungsbegriffes. Die rechtliche Konstruktion dürfte unter der Funktion des Verbandsprinzips nicht nur nicht schwierig, sondern selbstverständlich sein. Der neu Eintretende verpflichtet sich auf Grund des obligatorischen Gesellschaftsvertrages mit den übrigen Gesellschaftern zum Gesellschaftsverhältnis. Die Zugehörigkeit zum Personenverbande aber ist die notwendige Voraussetzung für alle Mitgliedschaftsrechte auch vermögensrechtlicher Art. Der Neueintretende wird mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages auf die Einigung, auf das Gesellschaftsverhältnis verpflichtet und damit ipso facto mit den übrigen Mitgliedern in der Verbundenheit Rechtssubjekt des Gesellschaftsvermögens. Eine Uebertragung der Gegenstände des Vermögens ist, da weder eine Uebertragung von Eigentum noch irgendeines sonstigen aktuellen selbständigen Vermögensrechtes stattfindet, gegenstandslos.

Was der neu Eintretende gewinnt, ist einer sachenrechtlichen Uebertragung unfähig.

Er gewinnt a) den subjektiven verbandsrechtlichen Anteil am Gesellschaftsvermögen als essentiales Element auf Grund des § 717 BGB, d. h. das vermögensbezogene Mitgliedschafts- bezw. Mitverwaltungsrecht. Er gewinnt b) den subjektiven verbandsrechtlichen Anteil als naturales Element, d. h. die verbandsrechtliche Anwartschaft auf die materiellen Vorteile der Gesellschaft und auf das, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zusteht. Er gewinnt kraft des obligatorischen Gesellschaftsvertrages c) einen obligatorischen Anteil, Gewinnanteil, Liquidationsanteil etc.

Zu alledem braucht es keines sachenrechtlichen Uebertragungsaktes, weil er ja in keinem der Fälle Eigentum erwirbt, mögen auch die Mitgliedschafts- und vermögensrechtlichen Beziehungen zum Gesellschaftsvermögen sich nach dem Begriff der Abwachsung ändern dadurch, daß ein neuer Anteil geschaffen wird. „Wäre die Gesellschaft ein rein obligatorisches Verhältnis", führt Knoke aus, „dann würde der Eintritt eines Gesellschafters in den Rechtsbeziehungen des Gesellschaftsvermögens keine unmittelbare Aenderung herbeiführen: Die gemeinschaftlichen Gegenstände würden nach wie vor zum Vermögen der bisherigen Gesellschafter gehören. Der Eintretende würde nicht schon durch seinen Eintritt daran teilnehmen, sondern die übrigen Gesellschafter müßten ihm den Anteil am Gesellschaftsvermögen durch besonderes dingliches Rechtsgeschäft übertragen. Diese Begründung der dinglichen Mitberechtigung könnte nicht durch einen einzigen einheitlichen

Akt erfolgen, vielmehr müßte das Uebertragungsgeschäft für jeden einzelnen Bestandteil des Vermögens vorgenommen werden: Die beweglichen Sachen müßten anteilig übergeben werden, die Grundstücke aufgelassen, die Forderungen und sonstigen Rechte anteilig abgegeben werden. Der Abtretungsvertrag könnte allerdings ohne weiteres mit dem Aufnahmevertrag verbunden werden. Die Uebergabe der beweglichen Sachen ließe sich durch ein constitutum possessorium ersetzen. Aber unumgänglich bliebe die Auflassung, wenn anders der neue Gesellschafter an allen Bestandteilen des Gesellschaftsvermögens mitberechtigt werden sollte. Die Schulden der bisherigen Gesellschaft würden auf den neuen Gesellschafter nicht mit übergehen. Im Innenverhältnis würde er zwar durch den Gesellschaftsvertrag verpflichtet sein, zu ihrer Bezahlung mitzuwirken. Aber die Gläubiger könnten sich nicht an ihn halten, wenn er nicht etwa durch Schuldübernahme in die Schuld eingetreten wäre oder der zwischen ihm und den bisherigen Gesellschaftern abgeschlossene Vertrag sich nach besonderen Umständen des Falles als ein Vertrag zu Gunsten der Gläubiger auslegen ließe“ [133]).

„Durch einen besonderen Uebertragungsakt könnte dem Neueintretenden gar kein Anteil am Gesellschaftsvermögen verschafft werden. Die bisherigen Gesellschafter könnten ihm allerdings einen potentiellen oder realisierbaren Anteil an allen gemeinschaftlichen Gegenständen einräumen, aber dann würde dieser Anteil aus dem Gesellschaftsvermögen ausscheiden. Denn er würde dem neuen Gesellschafter nicht kraft seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft zustehen, sondern kraft der dinglichen Uebertragungsverträge. Der neue Gesellschafter könnte deshalb frei über ihn verfügen. Seine Gläubiger könnten sich daraus im Wege der Zwangsvollstreckung befriedigen, ohne daß die bisherigen Gesellschafter es hindern könnten. Das widerspricht aber dem Wesen und Zweck des Gesellschaftsvermögens.“

Es bleibt also nichts anderes übrig, als daß der Neueintretende in die Mitgliedschaft analog dem § 738 BGB hineinbezogen wird. Die Folgen des Eintritts entsprechen dann durchaus den ausdrücklich normierten Folgen des Ausscheidens eines Gesellschafters. Wie dieser ipso iure seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen verliert, gewinnt der Neueintretende ohne weiteres seinen Anteil, d. h. sein Mitgliedschaftsrecht an allen Sachen, Grundstücken und Forderungen. Ebenso trifft ihn garnicht ohne weiteres die Haftung für die

133) Knoke, Eintritt eines neuen Gesellschafters in die Gesellschaft, Arch. bürgerl. Recht 20, 1902, S, 175.

auf diesem Gesellschaftsvermögen lastenden Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Es ist die notwendige Folge des Erwerbs der Mitgliedschaft. Eine persönliche Haftbarkeit kann aus dem bloßen Eintritt nicht begründet werden, sondern nur im Wege der kumulativen Schuldübernahme, wenn nämlich der neue Gesellschafter erklärt, für die früher begründeten Forderungen mit seinem Privatvermögen aufkommen zu wollen [134]).

### c) Vermögenserwerbsrecht.

#### α) Der Begriff des gesellschaftlichen Erwerbs.

Das Gesellschaftsvermögen ist vom Privatvermögen der Gesellschafter vollkommen getrennt, nicht nur äußerlich, wie das Sondergut durch die besondere Verwaltung und die Abgrenzung der Schuldenhaftung, sondern durch die wesentliche und reale Verschiedenheit des Subjekts, sodaß ein Recht des Gesellschaftsvermögens nicht zugleich ein Recht des einzelnen Gesellschafters ist, und daß an einer Sache, die zum Gesellschaftsvermögen gehört, der Gesellschafter kein Eigentum hat, auch keinen Teil des Eigentums; er ist an ihr nur insofern berechtigt, als er zusammen mit allen Rechtssubjekt des Gesellschaftsvermögens ist.

Wegen dieser vollkommenen Trennung zwischen Gesellschaftsvermögen und Privatvermögen durch die wesensverschiedene Rechtszuständigkeit können zwischen beiden Rechtsverschiebungen vorkommen. Es kann ein Recht aus dem Einzelvermögen in das Gesellschaftsvermögen übertragen werden und umgekehrt. Die dabei stattfindende Sukzession betrifft das ganze Recht, so daß durch eine Ueberführung eines Gegenstandes in das Gesellschaftsvermögen das ganze Eigentum veräußert wird. Das Eigentum ist in vollem Umfang aus einem Vermögen in ein anderes übergegangen, obgleich der veräußernde Gesellschafter verbunden mit den anderen zum Rechtssubjekt des Gesellschaftsvermögens gehört. Ebenso, wenn aus dem Gesellschaftsvermögen eine Sache an einen einzelnen Gesellschafter übertragen wird. Hier verfügen nicht etwa die übrigen Teilhaber über ihre Anteile an dieser Sache, sondern es verfügt die verbundene Gesamtheit entweder gemeinschaftlich selbst oder durch den geschäftsführenden Gesellschafter mit der Wirkung, daß die Sache aus dem Gesellschaftsvermögen ausscheidet.

---

134) Knoke, ebendort S. 179 f.; Fr. Schmidt, Die Stellung der Gesellschaftsgläubiger, Diss. Heidelberg 1930, S. 31 f.

Der Erwerb in das Gesellschaftsvermögen vollzieht sich also durch die Ueberführung eines Einzelrechtes in die Mitberechtigung der verbundenen Gesellschafter, durch die Ueberführung aus der Einzelzuständigkeit in die Zuständigkeit der Verbandseinheit[135]). Es handelt sich hier in der Ausführung um Rechtstitel mit unmittelbarer Rechtsfolge für die vermögensrechtliche Zuständigkeit der Gesellschaft, wobei die Möglichkeit anderer mittelbarer Erwerbsgründe etwa durch Besitzkonstitut oder antizipiertes Besitzkonstitut nicht bestritten wird.

Es handelt sich ferner um das subjektive Recht der Gesellschaft auf Grund der Fähigkeit ihrer eigenen, wenn auch relativen Rechtsträgerschaft, d. h. der Fähigkeit, irgend ein Recht vermögensrechtlicher Natur in ihre eigene alleinige Rechtszuständigkeit zu bringen. Damit ist der gesellschaftliche Erwerbsbegriff gegeben als das ausschließliche Zuständigwerden der Gesellschaft an einem Recht mit vermögensrechtlichem Inhalt.

Da die Gesellschaft nicht eher handeln kann, also auch nicht eher erwerben kann, als sie selbst existiert, und auch im Gesellschaftsvermögen vor der Gesellschaft ein vermögensfähiges Subjekt nicht möglich ist, kann von Vermögenserwerb nur während des Bestehens der Gesellschaft die Rede sein. Dementsprechend fallen alle vermögensrechtlichen Verpflichtungsgeschäfte zu Gunsten der noch zu gründenden Gesellschaft seitens der Gesellschaftsgründer vor Abschluß des Gesellschaftsgründungsvertrages nicht unter den Begriff des gesellschaftlichen Vermögenserwerbs. Man kann logischerweise nicht vom Vermögenserwerb der Gesellschaft reden vor dem Entstehen der Gesellschaft; er ist möglich erst mit Entstehen der Gesellschaft, d. h. mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages.

*β*) Die rechtliche Möglichkeit des gesellschaftlichen Vermögenserwerbs.

Das Wesen der Gesellschaft liegt in der realen zweckgerichteten gegenseitigen Verbundenheit. Die Gesellschafter erscheinen nicht mehr als schlechthin für sich bestehende und isoliert handelnde Individuen, sondern verbunden als Träger einer Willensgemeinschaft. Diese Verbundenheit hat ihre rechtserhebliche Realität, indem durch sie nicht nur eigene Rechte und Pflichten begründet werden, sondern auch eine eigene, wenn auch unvollkommene Rechtssubjektivität, die sowohl den Gesellschaftern wie Dritten gegenübertreten kann.

---

135) v. Thur I, a. a. O., S. 352 ff.

*aa*) Die Gesellschaft kann als solche Trägerin eigener Rechte und Pflichten sein, ohne juristische Person zu sein und obwohl ihre rechtliche Selbständigkeit zuletzt in der Rechtspersönlichkeit der einzelnen verbundenen Gesellschafter wurzelt. Darum kann kein Zweifel sein, daß es nicht nur ein Handeln der Gesellschafter, sondern auch ein Handeln der Gesellschaft, ein Handeln für die Gesellschaft, ja auch ein Handeln im Namen der Gesellschaft gibt. Denn was die Gesellschaft als verbundene Einheit selbst ausführen kann, kann sie auch durch andere ausführen. Wäre die Gesellschaft ein rein individualrechtliches obligatorisches Rechtsverhältnis, wäre die Frage nach dem Handeln im Namen der Gesellschaft zu verneinen.

Aber das ist nicht der Fall. Die Gesellschaft trägt wesentlich und rechtserheblich in sich die zweckgerichtete Verbundenheit. In dieser Verbundenheit als Verbandseinheit kann sie grundsätzlich Rechtsgeschäfte abwickeln mit Wirkung für den Dritten. Jede Forderung in unmittelbarer Wirkung für das Gesellschaftsvermögen wird von Seiten der Gesellschafter während des Bestandes der Gesellschaft nur kraft ihrer zweckgerichteten Verbundenheit erworben. Damit ist aber gegeben, daß sie im Namen der Gesellschaft oder als verbundene Gesamtheit handeln, und zwar mit Rücksicht auf das Gesellschaftsvermögen in ihre eigene Rechtszuständigkeit erwerben kann. Auch wenn die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit keine juristische Person sind, so können sie doch ihre spezifische eigene Rechtszuständigkeit vertreten und vertreten lassen. Das ist keine Vertretung des Gesellschaftsvermögens, auch nicht eine Vertretung der Gesellschafter schlechthin, sondern ein Handeln der zur Gesellschaft verbundenen Gesellschafter, d. h. der Gesellschaft selbst.

Gegen die Möglichkeit des Handelns im Namen der Gesellschaft spricht auch nicht die Regelung des § 720 BGB. Er enthält nur eine Schutzbestimmung für den Schuldner unter bestimmten Voraussetzungen. Er läßt das Handeln im Namen der Gesellschaft grundsätzlich mit Wirkung auf Dritte offen. — Es wird übrigens von uns nicht behauptet, daß nur durch Handeln im Namen der Gesellschaft für das Gesellschaftsvermögen erworben werde, sondern daß bei rechtsgeschäftlichem Handeln mit unmittelbarer Wirkung für das Gesellschaftsvermögen ein Handeln der Gesellschaft oder im Namen der Gesellschaft notwendig sei. —

Der § 720 BGB schützt den guten Glauben des Schuldners der Gesellschaft bei Unkenntnis des Gesellschaftsverhältnisses, spe-

ziell der gesamthänderischen Gebundenheit des Gesellschaftsvermögens. Die Suposition der summarischen Mehrheit der Gesellschaft beim Schuldner würde bei teilbarer Leistung die Rechtsfolge des § 420 BGB nach sich ziehen, m. a. W. Teilschuldverhältnis zu gleichen Anteilen gegenüber den Gläubigern. Er hält jeden einzelnen Gläubiger für anteilsverfügungsberechtigt, was er als Gesellschafter nicht ist. Zahlt der Schuldner infolge seines Irrtums einen Anteil an einen der Gläubiger, so zahlt er an einen Nichtverfügungsberechtigten. Dieser Irrtum, da er im Gegensatz zur OHG bei der Gesellschaft des BGB nicht in die Erscheinung tritt, muß geschützt werden. Das ist der Sinn des § 720 (Höniger, Innengesellschaft und Innensyndikat, Ztschr. f. Handelsrecht, 84, S. 478). Daraus ergibt sich aber nicht, daß es ein Handeln im Namen der Gesellschaft von Rechts wegen überhaupt nicht geben kann, sondern nur, daß ein Handeln im Namen der Gesellschaft bei aller Wirkung nach innen nicht unter allen Umständen nach außen wirken muß, und daß ein Handeln im Namen der Gesellschaft nach außen nur wirkt, wenn es erkennbar oder zur Kenntnis gebracht wurde. Der § 720 sagt ausdrücklich, daß der Schuldner die Rechtszuständigkeit des Gesellschaftsvermögens gegen sich gelten lassen muß, wenn er davon Kenntnis hatte.

Geschäftsführung und Geschäftsführungsbefugnis im Sinne des § 709 ff. sind originäre Mitgliedschaftsrechte und keine individualrechtlichen Auftragsverhältnisse, mögen auch die Regeln über den Auftrag §§ 664—670 subsidiär Anwendung finden; es ist Handeln der Gesellschaft selbst und rechtlich wirksam, auch nach außen innerhalb der Gesellschaftssphäre, vorausgesetzt, daß diese Tätigkeit als solche zur Kenntnis des Dritten gelangt ist. Nach § 714 bedeutet diese Geschäftsführungsbefugnis die stillschweigende Bevollmächtigung des geschäftsführenden Gesellschafters zur Vertretung nach außen. Nur im Rahmen der Geschäftsführungsbefugnisse, d. h. innerhalb der Gesellschaftssphäre verpflichtet die Geschäftsführung die Gesellschaft gegen Dritte. Das Handeln innerhalb der Individualsphäre ist der Gesellschaft gegenüber indifferent. In der OHG ist dieser Gegensatz zwischen der Gesellschaftssphäre und der Individualsphäre zum Schutz der Gläubiger bewußt aufgehoben. Während bei der Gesellschaft des BGB die Geschäftsführungsbefugnis bezw. Vertretungsmacht im Zweifel nur die Gesellschaftssphäre ergreift, unterliegt ihr, der OHG, nach zwingender Vorschrift auch die Individualsphäre der einzelnen Gesellschafter. Darin liegt die Bedeutung des Handelns für die Firma.

Die Firma mit ihrer Eintragung ins Handelsregister bedeutet qualifiziertes Oeffentlichkeitsrecht, so weit und so stark, daß das Auftreten des Gesellschafters im Namen der Firma die einzelnen Gesellschafter Dritten gegenüber auch dann verpflichtet, wenn der handelnde Gesellschafter seine Geschäftsführungsbefugnisse überschreitet. Bei der Gesellschaft des BGB tritt der geschäftsführende Gesellschafter im Namen der Gesellschaft nicht mit einem qualifizierten Oeffentlichkeitsrecht auf, sondern im Namen oder für einen rechtlich anerkannten Personenverband und kann darum an sich im Zweifel diesen Personenverband Dritten gegenüber auch nur als Verband, d. h. im Rahmen der Gesellschaftssphäre verpflichten [136]).

*ββ)* Ist die Möglichkeit des gesellschaftlichen Vermögenserwerbs eine innere Qualifikation oder ist sie abhängig von äußeren Tatbeständen, z. B. von dem Wissen des Dritten, m. a. W. ist die Kenntnis des gesellschaftlichen Erwerbs seitens des Dritten conditio sine qua non für den Erwerb in das Gesellschaftsvermögen? Es wird zwar in der Literatur darum gestritten, doch läßt sich die letztere Ansicht schwer beweisen.

Der Hauptstützpunkt § 720 beweist durch seine positive Fassung nicht die Notwendigkeit der Kenntnis des Schuldners für den Erwerb in das Gesellschaftsvermögen. Es handelt sich um einen reinen Schutz des Schuldners und nur um die rechtlichen Konsequenzen des Erwerbs in das Gesellschaftsvermögen, nicht um den Erwerb selbst, d. h.: für den Schuldner, welcher keine Kenntnis von dem Gesamthandserwerb hatte, ist die Art des Erwerbs an isch rechtlich irrelevant; er kann sie, aber er braucht sie nicht gegen sich gelten zu lassen. Genau besehen setzt also der § 720 selbst voraus, daß es einen Erwerb von Forderungen in das Gesellschaftsvermögen gibt, ohne daß der Schuldner die Zugehörigkeit der Forderung zum Gesellschaftsvermögen kennt.

Dasselbe sagen die Protokolle, nämlich, daß der Schuldner von Forderungen, welche zum Gesellschaftsverhältnis gehören, des Schutzes bedürfe, sei es, daß sie von einem Gesellschafter als Beitrag eingeschossen, sei es, daß sie von vornherein als den Gesellschaftern gemeinschaftlich begründet seien. Der Gesetzgeber geht also davon aus, daß eine Forderung, die durch ein von den Gesell-

136) Gierke (DPrR III, S. 690) sagt: „Die Wirkungen einer Handlung, die als Handlung der Personeneinheit gilt, treten für und wider die Personeneinheit ein, so daß durch sie die verbundenen Personen im Bereiche ihrer Verbundenheit unmittelbar berechtigt und verpflichtet, dagegen in ihren getrennten Einzelbereichen weder berechtigt noch verpflichtet werden".

schaftern mit einem Dritten geschlossenes Rechtsgeschäft begründet wird, unmittelbar in das Gesellschaftsvermögen erworben werden kann, ohne daß der Dritte die Zugehörigkeit der Forderung zum Gesellschaftsvermögen erkennt. Dieses ist praktisch nur so denkbar, daß die Gesellschafter bei der Begründung der Forderung dem Schuldner ihre gesellschaftliche Verbundenheit nicht kundgeben, so daß dieser sie für eine einfache Personenmehrheit hält[137]). Aus § 720 ist daher zu schließen, daß für den Erwerb durch die Geschäftsführung in das Gesellschaftsvermögen das Hervortreten der gesellschaftlichen Verbundenheit nach außen nicht erforderlich ist.

Auch der genügende Rechtsgrund ist vorhanden zur Begründung von Gesellschaftsvermögen. Der Erwerb, sei es durch die verbundene Gesamtheit, sei es durch den Geschäftsführer kraft seines Mitgliedschaftsrechtes, ist ipso iure Erwerb der Gesellschaft selbst. Erwerb der Gesellschaft aber ist Erwerb in ihre spezifische Rechtszuständigkeit. Dazu braucht es an sich nicht der Kenntnis des Dritten, von dem erworben wird, wenn sie nicht gesetzlich ausdrücklich gefordert wird. Das ist nicht der Fall.

Bei der eigenen, wenn auch unvollkommenen Rechtssubjektivität der gesellschaftlichen Verbandseinheit wäre es ohne besondere gesetzliche Stütze eine nicht natürliche Forderung, noch als conditio sine qua non den offenen Erwerb für das Gesellschaftsvermögen als Tatbestandsmerkmal des rechtlichen Erwerbs ins Gesellschaftsvermögen zu fordern; denn einmal ist nicht einzusehen, weshalb das Handeln der geschäftsführenden Gesellschafter ohne ausdrückliche Bekanntgabe ihres gesellschaftlichen Zweckes dem Erwerb in das Gesellschaftsvermögen entgegenstehen soll, und zweitens hätte man eine merkwürdige Rechtsfolge, daß nämlich, sobald und so oft dem Dritten die betreffende Kenntnis fehlt, jedesmal ipso iure das Entstehen einer gemeinschaftlichen Berechtigung nach Bruchteilen erfolgte und zur Ueberführung des Gegenstandes in das Gesellschaftsvermögen jedesmal ein eigener Uebertragungsakt notwendig würde.

Auch ein eventuelles rechtliches Interesse des veräußernden Dritten schlägt nicht durch, da er genügend durch den § 720 BGB geschützt ist. Im übrigen ist das Gesellschaftsvermögen wirtschaftlich in seiner Gebundenheit ein Zweckvermögen, das primär im Interesse und zum Schutze der Gesellschaft und nicht ihrer Gläubiger und Schuldner bestimmt ist[138]).

137) Prot. II, S. 434; Schafheutle, a. a. O., S. 72.
138) Schafheutle, a. a. O., S. 68 ff.

Aus den obigen Ausführungen geht hervor, daß der unmittelbare Erwerb in das Gesellschaftsvermögen auf Grund rechtsgeschäftlicher Geschäftsführung ganz unter der Dynamik des Verbandsprinzips steht und daß eben nicht nur kraft Gesetzes, sondern auch infolge der zweckgerichteten Verbundenheit der Erwerb in die Rechtszuständigkeit des Gesellschaftsvermögens erfolgt.

*γ*) Gegenstand und Inhalt des vermögensrechtlichen Erwerbs.

Im einzelnen setzt sich das Gesellschaftsvermögen gemäß § 718 der Hauptsache nach zusammen: einmal

aus originären Bestandteilen, z. B. die regelmäßigen geldwerten Beiträge der Gesellschafter, genau genommen schon die geschuldeten Ansprüche auf die Beiträge, weiter

aus neuen Bestandteilen, welche im Laufe der Weiterentwickelung des Vermögens nach § 718 erworben werden, Nutzungen, Erwerb auf Grund eines zum Gesamtvermögen gehörenden Rechtes, z. B. durch Einziehen der Forderungen, Ersatz für Beschädigungen usw., vor allem die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände.

*δ*) Die verbandsrechtlichen Erwerbsgründe.

Ein verbandsrechtlicher Erwerbsakt ist ein solcher, der wesentlich und innerlich nicht bloß äußerlich, etwa zweckgebunden durch „Bewidmung“ mit der Gesellschaft als Verbundenheit verknüpft ist, m. a. W. eine Handlung, die unmittelbar unter der Rechtswirkung des Verbandsprinzips steht und deshalb unmittelbare Rechtsfolgen für die vermögensrechtliche Zuständigkeit besitzt.

*αα*) Erwerbsgründe rechtsgeschäftlicher Art. Es sind alle die rechtsgeschäftlichen Erwerbshandlungen, welche die Gesellschaft unmittelbar selbst abschließt, oder welche doch in ihrem Auftrag und Namen getätigt werden. Darunter fallen:

diejenigen Rechtsgeschäfte, welche alle Gesellschafter entweder geschlossen oder satzungsgemäß unter rechtswirksamer Beschlußfassung abschließen und als Geschäfte der Gesellschaft in Frage kommen. Ferner

die Rechtsgeschäfte, welche die geschäftsführenden Gesellschafter in ihrer Funktion als Exponenten oder Organe der Gesellschaft kraft ihres Amtes abschließen. Auch hier liegt ein unmittelbares verbandsrechtliches Handeln der Gesellschaft vor.

Drittens

die Rechtsgeschäfte, welche Geschäftsführer oder Stellvertreter der Gesellschaft in ausdrücklichem Auftrage und im Namen der Gesellschaft abschließen innerhalb ihrer Vertretungsmacht. Auch hier liegt ein unmittelbarer Erwerb in die Rechtszuständigkeit der Gesellschaft vor, denn der Vertreter, welcher im Namen der Gesellschaft handelt, vermittelt bloß den Erwerb der Gesellschaft, ohne selbst in seiner Person zu erwerben.

*ββ*) Erwerbsgründe formalrechtlicher Art. Der gesellschaftliche Erwerb von Grundstücken. Die verbandsrechtliche Struktur des unmittelbaren Erwerbs in das Gesellschaftsvermögen zeigt sich insbesondere auch in der grundbuchmäßigen Behandlung des Gesellschaftsvermögens. Damit eine Sache zum Bestandteil des Gesellschaftsvermögens wird, bedarf es grundsätzlich des dinglichen Uebertragungsaktes. Dazu gehört bei Grundstücken die Auflassung an die Gesellschaft und die Eintragung, und zwar einmal

für das Einbringen von Grundstücken in die bestehende Gesellschaft. Zunächst liegt eine eigentliche Veräußerung vor im juristischen Sinne, mag sie auch wirtschaftlich, daher auch steuerrechtlich, nicht absolut sein, da für den einbringenden Gesellschafter eine Mitberechtigung bleibt. Grundbuchrechtlich liegt eine eigentliche und vollständige Eigentumsänderung vor. Die Auflassung muß daher das ganze Grundstück erfassen, denn der Eigentümer gibt seine Sonderzuständigkeit am ganzen Grundstück auf. Die Auflassung ist selbst dann notwendig, wenn sämtliche Gesellschafter des einzubringenden Grundstückes bereits bruchteilsberechtigte Miteigentümer am Grundstück sind. Die Rechtszuständigkeit ist eben eine ganz andere unter der Wirkung des Verbandsprinzips, und nur, wenn die Rechtszuständigkeit sich nicht ändert, z. B. wenn die Gesellschafter bei Gründung der Gesellschaft schon „Gesamthänder" an dem Grundstück sind, wie z. B. bei Miterbschaft oder ehelicher Gütergemeinschaft, bedarf es keiner Auflassung mehr. Aus demselben Grunde ist eine Auflassung nicht notwendig, wenn eine Gesellschaft des BGB sich in eine OHG verwandelt und umgekehrt. Anders ist der Fall, wenn bei mehreren aus denselben Personen bestehenden Gesellschaften gleicher Rechtsstruktur, z. B. bei mehreren offenen Handelsgesellschaften mit den gleichen Gesellschaftern, ein Grundstück aus dem Vermögen der einen OHG in das der anderen übertragen wird. Hier bestehen trotz der materiellen Identität der Gesellschafter, wegen des spezifisch verschiedenen Gesellschaftsunternehmens und Vertrages, zwei formell

juristisch und wirtschaftlich verschiedene Willensgemeinschaften, Verbandseinheiten und damit formell verschiedene Verbandssubjekte, zwei formell verschiedene juristische Einheiten und Kompetenzen, und das Grundstück geht wegen des verschiedenen Verbandsprinzips in eine andere eigene Kompetenz, in das Eigentum einer juristisch und wirtschaftlich neuen Gesellschaft über. Hier liegt eine Veräußerung vor, die eine Auflassung erforderlich macht. Dagegen liegt bei der bloßen Umwandlung einer Erbengemeinschaft in eine Gesellschaft oder einer Gesellschaft in eine OHG keine vermögensrechtliche Veränderung vor.

Das Auflassungsprinzip gilt in derselben Weise für den Erwerb von Grundstücken zum Gesellschaftsvermögen während des Bestehens der Gesellschaft durch die Geschäftsführung. Damit hier auf rechtsgeschäftlichem Wege Grundstücke zum Gesellschaftsvermögen werden, ist stets eine Auflassung an alle Gesellschafter, und zwar in ihrer Verbundenheit notwendig. Die Nennung der Subjekte bedarf eines formellen Zusatzes, der die Verbundenheit, d. h. die Gesellschaft als spezielle Verbandseinheit kundgibt. Diese spezifische Gemeinschaftlichkeit von Liegenschaften muß im Grundbuch ihren formellen Ausdruck finden. Es ist das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis anzugeben (GBO § 48), also zu erklären, daß das Recht den benannten Personen als Mitgliedern einer Gesellschaft zusteht. Erfolgt die Auflassung anders, etwa an alle Gesellschafter, aber nur als Eigentümer zu Bruchteilen, so entsteht kein Gesellschaftsvermögen (GBO § 48).

Die Auflassung ist notwendig beim Uebergang vom Gesellschaftsvermögen ins Privatvermögen, z. B. bei der Auseinandersetzung auch dann, wenn der erwerbende Gesellschafter das Grundstück selbst eingebracht hat.

Es bedarf hiernach grundsätzlich zu jeder Umwandlung von individualrechtlichen, sei es Privat- oder Bruchteilseigentum in Gesellschaftseigentum und umgekehrt zu jeder Umwandlung von Gesellschaftseigentum durch Rechtsgeschäft der Auflassung und Eintragung [139]).

*γγ*) Erwerbsgründe tatsächlicher Art.

Surrogation. Nach § 718 Abs. 2 gehört zu dem Gesellschaftsvermögen, was auf Grund eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstandes erworben wird. Es handelt sich

139) Geiler I, a. a. O., Anm. 161, 162, S. 198 ff.

hier um den Erwerb durch Surrogation wenigstens faktischer Art kraft Gesetzes. Die Frage, ob hier auch ein Surrogationserwerb kraft Rechtsgeschäftes im gesetzlichen Tatbestand eingeschlossen ist, zu erörtern, würde hier zu weit führen. Die Hauptbedeutung der Bestimmung § 718 Abs. 2 ist, den unmittelbar kraft Gesetzes eintretenden Erwerb Gesellschaftsvermögen werden zu lassen. Gewiß erfolgt der Zuwachs der Deliktsforderung als Ersatz für den zerstörten Gegenstand der geschädigten Gesellschaft kraft Gesetzes, und ebenso erscheint das Eigentum an einem Grundstück als der Rechtsgrund für den Erwerb seiner natürlichen Früchte kraft Gesetzes. Das Vorhandensein dieser kraft Gesetzes bestehenden Beziehungen mag formell als äußerer Rechtsgrund genügen, um den Erwerb nach Bruchteilen zu verhüten und den Eintritt der gesamthänderischen Berechtigung an dem Surrogat zu bewirken. Der innere Grund der gesamthänderischen Dynamik ist die innere rechtliche Beziehung und Verknüpfung des Eigentums mit seinem Rechtssubjekt, der Gesellschaft; mag das Gesetz äußerlich das Recht gestalten, daß es aber das Recht so gestaltet, ruht in der Dynamik des Verbandsprinzips.

Als Erwerbsakte tatsächlicher Art kommen weiter in Betracht

Verarbeitung. Wird durch Verarbeitung eine neue Sache hergestellt, so erwirbt gemäß § 950 der Hersteller das Eigentum an der neuen Sache. Hersteller in diesem Sinne ist nicht notwendig derjenige, der durch die Tätigkeit seiner Hände die Umformung der Sache vornimmt. Wer in abhängiger Stellung eine Sache verarbeitet, erscheint nicht selbst als Hersteller, sondern als Gehilfe des Herstellers. Er erwirbt durch die Verarbeitung das Eigentum nicht sich selbst, sondern dem Unternehmer. Diese Wirkung ist nicht die Folge eines Rechtsgeschäftes, sondern eine Tathandlung auf Grund eines Rechtsverhältnisses. Es ist durch das Rechtsverhältnis das Handeln des Unternehmers selbst, der in seinem Gehilfen tätig wird. Analog in der Gesellschaft: Wird auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses die Leistung der Verarbeitung bewirkt, so ist das gesellschaftliche Arbeit, die Arbeit der Gesellschaft; die Gesellschaft selbst ist tätig in dem gesellschaftlichen Verarbeiter und erwirbt das Recht an der hergestellten Sache.

Geisteswerk und Erfindungen usw. Zum Gesellschaftsvermögen gehören auch Rechte aller Art, welche den Gesellschaftern aus der Förderung der Gesellschaftsgeschäfte erwachsen. Handelt es sich um eine auf gemeinsamer Gedankenarbeit beruhende Erfindung der Gesellschafter, so erwerben sie gemein-

sam die Erfinderrechte. Erfindungen, die ein Gesellschafter in Verfolgung des Gesellschaftszweckes macht, gehören ebenso der Gesamtheit der Gesellschafter wie Erfindungen, die ein Angestellter im Betriebe der Gesellschaft macht.

Auch künstlerische Urheberrechte fallen in das Gesamtvermögen, wenn die Geisteswerke durch die Tätigkeit aller oder des bezugsweise der Gesellschaft führenden Gesellschafter geschaffen sind[140]).

Der Erwerb durch Erbfall und Vermächtnis. Es kann die Frage aufgeworfen werden, ob § 718 BGB die Erwerbsmöglichkeiten der Gesellschaft erschöpfend aufzählt oder ob noch andere Erwerbsmöglichkeiten gegeben sein können, wie etwa durch Erbschaft und Vermächtnis.

U. E. dürfte eine grundsätzliche Schwierigkeit nicht gegeben sein. Das Gesetz, obwohl es den Erwerb durch Erbanfall oder Vermächtnis nicht ausdrücklich behandelt, schließt ihn auch nicht ausdrücklich aus. Eine gesetzliche dahingehende Ausnahmebestimmung besteht nicht. Es kann nicht positiv erwiesen werden, daß das Gesetz in § 718 die Erwerbsmöglichkeiten tatsächlicher Art hat sämtlich erschöpfend aufzählen wollen. Es kann nicht nur nicht ein Grund aufgezeigt werden, warum nun gerade Erbfall und Vermächtnis hätten positiv als weitere Erwerbsmöglichkeiten genannt werden müssen, sondern diese Tatbestände hätten im anderen Fall vielmehr positiv ausgeschlossen werden müssen, denn von einer Selbstverständlichkeit des Ausschlusses kann man nicht sprechen. Der § 1923 BGB schließt die Gesellschaft weder ausdrücklich ein noch aus. Das Gesetz sagt also nichts. Eine Schwierigkeit müßte also in der Rechtsnatur der Gesellschaft liegen. Es besteht aber keine gesetzliche Bestimmung, daß nur natürliche Einzelpersonen für sich und juristische Personen unmittelbar Träger einer Erbschaft sein können. Die Gesellschaft hat zwar keine absolute „Rechtsfähigkeit" im Sinne des § 21 BGB, aber sie hat eine relative und faktische, eine von der Rechtsordnung anerkannte tatsächliche Rechtsfähigkeit. Sie ist zur Uebernahme obligatorischer und dinglicher Rechte tatsächlich fähig, kann als solche vermögensrechtlich erwerben und besitzen. Wenn aber diese rechtliche Möglichkeit besteht, dann stehen juristische Bedenken, durch Erbschaft und Vermächtnis in das Gesellschaftsvermögen zu erwerben, solange nicht im Wege, als diese „Erbfähigkeit" nicht ausdrücklich durch das Gesetz ausgeschlossen wird. Es ist also nicht einzusehen,

140) Geiler I, a. a. O., Anm. 145, S. 177; Schafheutle, a. a. O., S. 62.

warum die Gesellschaft, d. h. die Gesellschafter, speziell unter der Rücksicht der Verbundenheit nicht mit einer Erbschaft bezw. mit einem Vermächtnis bedacht werden können, ohne daß erst durch formelle Gesamtbeschlußfassung die Erbschaft ausdrücklich zum Gesellschaftsvermögen konstituiert wird. Allerdings, wäre die Gesellschaft nichts anderes als ein partiarisch individualrechtliches Gebilde, dann müßten die Gesellschafter einzeln separatim und divisim in eine Erbengemeinschaft eintreten zu dinglicher Gesamthandsgebundenheit. Das aber ist eben nicht der Fall, und deshalb haben die Regeln von der Erbengemeinschaft (§§ 2032, 2033, 2038 BGB) auf die Gesellschafter in ihrer gesellschaftlichen Verbundenheit keinen Sinn, und aus demselben Grunde steht ein Vermächtnis an die Gesellschaft, sobald es fällig ist, nicht nach den §§ 420, 432 den Gesellschaftern zu, sondern zur gesamten Hand. „Die Frage", sagt Binder, „ob einer Gesellschaft durch Erbeinsetzung oder sonstige Zuwendung von Todeswegen Vermögen in der Weise zugewendet werden kann, daß dieser Erwerb Gesellschaftsvermögen wird, ist nach Gesellschaftsrecht zu beantworten. Es ist nicht einzusehen, warum die geschäftsführenden Gesellschafter (die handelnde Gesellschaft) nicht auch eine Erbschaft für die Gesellschaft sollen erwerben können" [141]).

Die Sorge, es würde durch die Erbfähigkeit der Gesellschaft eine neue Gesamthandsberechtigung eingeführt, dürfte nicht begründet sein; nicht eine neue Gesamthandsberechtigung wird hervorgerufen, sondern ein neues Vermögen wird in eine bestehende persönlich gebundene Geamthandsberechtigung der Gesellschaft eingeführt und damit erworben. Dazu braucht es keiner neuen gesetzlichen Grundlage. Sie ist gegeben und vorhanden in der allgemeinen gesetzlichen Möglichkeit des gesellschaftlichen Vermögenserwerbs, ob dieser ruht auf Erwerb unter Lebenden oder auf Erwerb von Todes wegen, ändert an sich an dem Wesen des Erwerbs selbst nichts. —

---

Nach den Ausführungen der vorliegenden Arbeit dürfte die auf S. 47 aufgestellte These genügend begründet sein:

> Die Gesellschaft des BGB ist keine bloße Summe von Einzelpersonen; sie ist nicht nur ein individualrechtliches Vertragsverhältnis, sondern sie ist in ihrer vollendeten Wirk-

141) Binder, Erbrecht, Berlin 1930, S. 11, Anm. 2.

lichkeit nach den gesetzlichen Tatbeständen in ihrem Wesen eine durch das innere Band der gesellschaftlichen Willenseinigung und durch das äußere Band des Gesellschaftszwecks vollzogene, gesetzliche, geordnete Zusammenfassung von persönlichen Einzelkräften zu einer Verbandseinheit, deren rechtserhebliche Realität unter ihrem einheitlichen Verbandsprinzip sich dahin auswirkt, daß sie ihren Gliedern als einheitliches Ganze gegenübertritt und, ohne juristische Person zu sein, nach innen und nach außen Trägerin von spezifisch verbandsrechtlichen Wirkungen sein kann.

---

## Lebenslauf.

Viktor Gerhard Veltmann,

geboren am 8. September 1880 als Sohn des königl. Landmessers Viktor Veltmann zu Warburg, Kreis Warburg in Westfalen, katholischer Konfession, machte seine Gymnasialstudien von 1889 bis 1898 am humanistischen Gymnasium in Paderborn. Von 1898 bis 1903 widmete er sich dem Studium der Geodäsie und Landwirtschaft an der landwirtschaftlichen Hochschule Bonn-Poppelsdorf. Nach den entsprechenden staatlichen Abschlußprüfungen widmete er sich bis 1914 dem Studium der Philosophie und Theologie. Nach fast zwanzigjähriger Tätigkeit auf dem Gebiet der Seelsorge, insbesondere der Studentenseelsorge, unterzog er sich von 1931 bis 1936 dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften in 8 Semestern, von denen die ersten sieben in Kiel und das letzte in Bonn verbracht wurde. Die mündliche Promotionsprüfung war am 26. Juni 1936.